الوجيز في

التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الكويتي

الكفالة - الرهن - حقوق الامتياز

دكتور

أحمد السعيد الزقرد

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق بجامعتي المنصورة والكويت

الطبعة الأولى

١٩٩٩م

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم :

ثلاث سنوات مضت، لم أتوقف خلالها عن تدريس مقرر الحقوق العينية الأصلية والتبعية على طلابي بالسنة الرابعة من كلية الحقوق بجامعة الكويت، لم أتمكن خلالها من وضع مؤلف عام في أي من الموضوعين. وقد آثرت لأسباب علمية، أن أبدأ بالوجيز في التأمينات الشخصية، والعينية فهو وجيز لقناعتي بأن الحصول على المعلومات في زمن الحاسوب وشبكة الاتصالات الدولية وغيرها، من أكثر المسائل يسرا، وسهولة. بينما الأصعب المنهج العلمي الذي سيقت هذه المعلومات في إطاره.

وفي التأمينات الشخصية والعينية على السواء، لأن الأولى - فيما سنرى - لا تقل اهمية عن الثانية، ولا معنى لأن يلم طلابنا بالثانية دون الأولى.

وقد حرصت على منهج علمي يمكّن طلابنا من الاختيار بين البدائل، وتمحيص مختلف الآراء وبناء النتائج من مقدمات تؤدي إليها، وربط النظريات المجردة بالواقع العملي. وحرصت بصفة خاصة على تلافي التكرار، أو الحشو، وعلى أن تأتي صياغة المؤلف، سهلة، وواضحة.

١ - الروشتة لا التذكرة الطبية من الإثبات الصحيح
مسئولية الطبيب .

٢ - الالتزامات الفندقية ومسئولية المدين في مواجهة السائح العميل

٣ - تعويض ضحايا مرض الإيدز وعدوى الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث

٤ - La date de validité

٥ - L'ordre public

7 - حق المشتري في إعادة البضائع المبيعة بواسطة التليفزيون

٧ - الخداع الإعلاني في القانونين الكويتي والمصري

٨ - الاتجاه الحديث لحق الشفعة ...

٩ - تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإرهاب

١٠ - الالتزام بالإعلام ... المريض

١١ - نحو نظرية عامة لصياغة العقود .

١٢ - مدى بقاء الاتفاقات العقدية بعد الفسخ

١٣ - الشروط المقيدة في عقد النقل

١٤ - دعوى المشتري بالضمان الخاص بالعيوب والاستحقاق

١٥ - أحكام تقدير الثمن .

١٦ - أثر تغير الظروف الاقتصادية على تنفيذ الالتزام التعاقدي

١٧ - عقد الـ B.O.T

١٨ - عقد التحكيم .

١٩ - عقود التأجير التمويلي .

مقدمة عامة :

- قصور الضمان العام عن حماية حق الدائن:

١ - الأصل على ما ورد بالمادة ٣٠٧ مدني أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في الضمان العام ويترتب تفريعاً على ذلك نتيجتان مهمتان:

الأولى : أن يد المدين لا تغل عملاً عن التصرف في أمواله فيمكنه أن يخرج كل أمواله، أو بعضها عن ملكيته، فيضعف من الضمان العام للدائنين وقد يرد على ذلك بأن للدائن وإن لم يتعلق حقه بمال معين للمدين أن يلجأ بداية إلى الوسائل التحفظية حماية للضمان العام[1] كذا، يستطيع أن يلجأ إلى وسائل أبعد مدى من الاجراءات التحفظية كالدعوى غير المباشرة م [illegible] وبعدها مدني، أو الدعوى البوليصية - [illegible] وبعدها مدني. ومردود على ذلك بأن المشرع، قد اشترط شرائط معينة في كل من الدعويين إذا لم تتوافر، لا يتسنى للدائن رفعها بما لا يوفر حماية كافية للضمان العام[2].

٢ - وقد يحتج على ذلك مرة ثانية بأن المشرع كفل للدائن حماية أخرى للضمان العام، تتمثل في الحق في الحبس م[illegible] مدني وبعدها والمقاصة م٤٢٥ مدني وبعدها. ومردود على ذلك بداية بأن الحق في الحبس رهين بحيازة أو إحراز الدائن لشيء مملوك للمدين يرتبط به الحق الذي نشأ في ذمة المدين. فإن لم يكن الدائن حائزاً

---

(١) وبالفرنسية Des mesures conservatoires، كوضع الاختام على أموال المدين، أو التدخل في اجراءات قسمة المال الشائع المملوك للمدين، أو التدخل طرفاً ثالثاً في الدعاوي التي ترفع على المدين. انظر سيملر، وديلبك / القانون المدني - التأمينات والشهر العقاري /ط٢ /١٩٩٥/ ص٥ / بند٢ - وص ١٣ / بند ١٠.

(٢) تفصيلاً لذلك، السنهوري/ الوسيط/ جـ٢ / بند٤٥٤ ـ كابرياك، ومولاي يقانون التأمينات / ١٩٩٠/ ص٢ ـ ص٣ / بند ٢.

لأموال المدين يمكن حبسها لإستيفاء حقه فإن ذلك يضيق نطاق الحق في الحبس ويجعل تطبيقه محدوداً. وحتي بافتراض حيازة الدائن، أو إحرازه أموالاً مملوكة للمدين يمكن حبسها استيفاء لحقه. فإن الحق في الحبس لا يوفر للدائن وهذا مهم التقدم على غيره في استيفاء حقوقه وانما يزاحمه سائر الدائنين في قسمة الغرماء[1].

كذا، فإن المقاصة، وهي طريق من طرق انقضاء الالتزام، توفر للدائن الذي يكون مديناً لمدينة أولوية استيفاء حقه مما يجب عليه الوفاء به لهذا المدين م٤٢٥ مدني. وعليه، فإنها تجنب الدائن – في الحدود التي تقع فيها المقاصه – مقاسمة غيره من دائني المدين[2] – ومع ذلك فإن المقاصة لا تقوم إلا على دينين متقابلين، تتوافر فيهما شروط محددة[3] إن لم تتحقق، لا يمكن للمقاصه أن تحقق وظيفتها كأداة ضمان.

٣ – أما النتيجة الثانية فهي مزاحمة بقية الدائنين للدائن بما يضعف من الضمان العام، خصوصاً إذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه فتقسم بين الدائنين قسمة غرماء، بنصيب كل منهم[4].

---

(١) السنهوري / الوسيط / جـ ٢ / بند٤٥٤ – جمال الدين زكي/ الوجيز في النظرية العامة للالتزامات / ط٣ / بند٣٩٧ وبعده.

(٢) من الفقه الفرنسي، مازو/ المجلد ٣ – بواسطة شابو – / ص ٥/ بند ٢.

(٣) هي على ما ورد بالمادة ٤٢٥ مدني – أن يكون موضوع الدينين، نقوداً، أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل منهما خالياً من النزاع، مستحق الاداء صالحاً للمطالبة به قضاء.

(٤) كما لم ينص الشرع الكويتي، بعكس نظيره المصري على نظام شهر الاعسار إذا كانت أموال المدين لا تكفي بديونه المستحقه، م٢٤٩ مدني مصري وحتى نظام شهر الاعسار لا يضمن للدائن استيفاء كامل حقه، بل يهدف إلى تقليل الخسارة فحسب.

وعليه، فإن الوسائل السابقة، على تعددها، لا توفر حماية كافية للدائن.

الضمانات الخاصة :

٤ - لذا وضع المشرع بين يدي الدائن ضمانات خاصة تمكنه من استيفاء حقه دون أن يتعرض لخطر تصرف المدين في أمواله، ولا لمزاحمة سائر الدائنين الآخرين. وهذه هي التأمينات الشخصية، والعينية[1]. والأولى تقوم على ضم مدين أو اكثر إلى المدين الأصلي. بحيث يكون أمام الدائن مدينان أو اكثر إن أعسر أحدهم، استطاع مطالبة الآخر، ويدخل في ذلك، التضامن بين المدينين، وعدم قابلية الدين للانقسام والكفالة.

أما التأمينات العينية، فتقوم على تخصيص مال معين يؤمن للدائن الوفاء بالدين بحيث يترتب على هذا المال حق خاص يخوله استيفاء دينه بالأولوية على سائر الدائنين العاديين، بما في ذلك الرهن بنوعيه (الرسمي، والحيازي) وحقوق الامتياز.

- موضع التأمينات في التقنين المدني:

٥ - وردت التأمينات الشخصية في التقنين المدني موزعه على القسم الأول الخاص بالالتزامات ومن ذلك التضامن بين المدينين - م٣٤٦ مدني وما بعدها وعدم قابلية الدين للانقسام - م[illegible] مدني ومابعدها . أما الكفالة، فقد عالجها المشرع الكويتي في الكتاب الثاني من القسم الأول الخاص بالعقود المسماة بالمواد من ٧٤٥ إلى ٧٧٢ مدني.

(١) وانظر سيملر، وديلبك / ص ٢٣/ بند ١٩.

أما التأمينات العينية، فقد تناولها المشرع في القسم الثاني، وتحديداً في الكتاب الثاني الخاص بالحقوق العينية التبعية، فعرض للرهن الرسمي في المواد ٩٧١ إلى ١٠٢٦ والرهن الحيازي بالمواد ١٠٢٧ ألى ١١٤٩ وحقوق الامتياز بالمواد [illegible] إلى [illegible].

- خطة الدراسة :

٦ - وطبقاً للترتيب الوارد بالقانون المدني، سوف نعرض بداية للتأمينات الشخصية في القسم الأول على أن نتناول التأمينات العينية في القسم الثاني[1].

---

(١) في ذات الخطة، جمال زكي/ التأمينات الشخصية، والعينية/ ط٣/ دار الشعب/ ١٩٧٨. توفيق فرج / التأمينات الشخصية والعينية/ مؤسسة الثقافة بالإسكندرية/ ١٩٨٤ - وسمير تناغو/ التأمينات الشخصية والعينية/ دار المعارف/ ١٩٨٤ - وعكس ذلك نبيل سعد/ التأمينات العينية والشخصية/ منشأة المعارف/١٩٨٢ - ومن الفقه، من عرض للكفالة استقلالاً - مثلا منصور مصطفى منصور / عقد الكفالة ١٩٦٠ - وسليمان مرقس/ عقد الكفالة ١٩٥٩ - وأحمد شوقي عبدالرحمن «عقد الكفالة - بالفرنسية / المنصورة/ ١٩٧٩.

ومن الفقه الفرنسي - سيملر وديليك حيث عرضا للتأمينات الشخصية قبل العينية ط٢ - وكابرياك، ومولاي - لزما، نفس الخطة/ط١٩٩٠.

القسم الأول - التأمينات الشخصية

Les Suretés Personnelles

- تحديد :

٧ - لمَّا كانت التأمينات الشخصية تتمثل في التضامن بين المدينين، وعدم قابلية الدين للانقسام، والكفالة. فإننا نستبعد من دراستنا التضامن السلبي وعدم انقسام الدين، ونحيل بشأنهما إلى ما سبق دراسته في مؤلفات النظرية العامة للالتزامات[1]. ونخصص هذه الدراسة لأحكام الكفالة Le Cautionnement.

ونلفت النظر بأن كتابات الشراح في القانون الكويتي قد تناولت التأمينات العينية وحدها دون الكفالة، بوصفها أحد أهم التأمينات الشخصية، وهو أمر لا نفهمه.

فالكفالة، تنتشر في المجتمع الكويتي، لقوة الصلة بين أفراد العائلة، بما ييسر على المدين أن يقدم إلى دائنيه من يلتزم معه بوفاء الدين وليس أدل علي ذلك من اقتران بيوع السيارات بالتقسيط بتقديم المشتري كفيلا يضمنه[2] . كذا، فإن التطبيقات الحديثة لعقد الكفالة،

---

(١) مثلاً، السنهوري / الوسيط/ جـ ٢ - مصادر الالتزام . ومنصور مصطفى منصور / مذكرات في نظرية الالتزام في القانون المدني الكويتي ج٢ . أحكام الالتزام.

(٢) انظر في كفالة الدين لمجرد أن الكفيل كان يسكن مع المدين في شارع واحد - تمييز ١٩٩٦/١٢/٣١/ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز / عن المكتب الفني بمحكمة التمييز/ يونية ١٩٩٦/ ص ٥٩ / رقم ٤. وفي الكفالة في بيوع السيارات بالتقسيط انظر، استئناف/ الدائرة التجارية الثانية/ ١٩٨٤/٣/٦ . رقم ١٩٣٠ غير منشور. ونفس الدائرة/ ١٩٨٤/٣/٢٠/ رقم ١٤١٦/ غير منشور. والكفالة في نظر المحكمة . في بيوع السيارات بالتقسيط «يجب أن تكون مكتوبة، وموقعة، ونافذة....» ويعرض الفقه الفرنسي الحديث لمنافسة التأمينات الشخصية، للعينية، مثلاً كابرياك ومولاي/ص١٠،بند١١.

وأهمها كفالة البنوك تقي الدائن خطر اعسار الكفيل بما ساعد على إنتشارها، كما أن الكفالة، كشأن التأمينات العينية تيسر للمدين الحصول على الأئتمان بشروط أفضل، أو بسعر أقل فائدة مما لو لم يقدم المدين من يلتزم معه بالدين. ثم إن العديد من التطبيقات الأخرى للكفالة، كالضمانات المستقلة أو الضمانات لأول طلب Les garanties autonomes ou garanties à Premiere demande[1]، [2]. تقترب من الكفالة أو تتفرع عنها، بما يستتبع ضرورة الالمام بها من طلاب العلم، والعمل. إلى هذا فإن المشرع الكويتي قد أولى الكفالة عناية خاصة فعالجها فيما يقرب من ثلاثين مادة بالقانون المدني، لا يمكن الالتفات عنها.

ونظراً لانتشار الكفالة، وأهميتها، كضمان خاص، وتطبيقاتها الحديثة، وعناية المشرع الكويتي بتنظيم أحكامها، وتجاهل الشراح في

(١) مثلاً - تقرير سيملر في موسعة القانون المدني- المواد ٢٠١١ إلى ٢٠٤٣ - عن الضمانات المستقلة ١٩٨٨ / رقم (١) - ماتو القانون المصرفي الدولي / النك / ١٩٨٧ ص ٢٥٢/ بند ٢٠٣ - ومنها خطابات الضمان، وخطابات الائتمان Standbyوالضمان البنكي - وفي انتشار الكفالة البنكية سيملر وديلبك/ القانون المدني لتأمينات - والشهر العقاري/ط٢ - دالوز / ١٩٩٥ / ص٣٠/ بند ٢٣ والمادة «٣» من القانون المصرفي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤ - وريف لانج ورنيو موجز القانون المصرفي / دالوز /١٩٩٥/ ط٦ / رقم ٦٠٥ وفيما اشير إليه لاحقاً. ويتحدث كابرياك ومولاي عن إعادة اكتشاف الكفالة /ص١٩/ بند١١.

(٢) وتختلف عن الكفالة، في صورتها العادية، في أن الكفيل يلتزم بصفة مستقلة، فلا يكون تابعاً للمدين الأصلي انظر في ذلك حديثاً - نقض / تجاري/ ٥ فبراير ١٩٨٥ / دالوز /٢٦٩/١٩٨٥ تعليق فاسير - وسيملر وديلبك/ ص ١٣/ بند١٠ - وبند ٢٠٠ وبند - ٢٣٧ وسيملر ، الكفالة، والضمانات المستقلة/١٩٩٢/ بند ٢٧، وما بعدها - أما خطابات الضمان فليست كفالة مدنية - م٣٨٢ تجاري كويتي / وتمييز ١٩٩٨/١/٢٣ القضاء والقانون /س١٧ / سبتمبر ١٩٩٥/ ص ٦٨/ رقم١٨.

القانون الكويتي دراستها[1] فإننا نبدأ بها مؤلفنا.

٨ - ونقسم البحث في الكفالة إلى فصلين، نخصص الأول منهما لانعقاد الكفالة ونعرض في الثاني لآثارها سواء في علاقة الكفيل بالدائن، أو في علاقة الكفيل بالمدين، أو في العلاقة بين الكفيل، وغيره من الكفلاء.

ولكننا نقدم لذلك بفصل تمهيدي، نتناول فيه تعريف الكفالة، وخصائصها وشروط الكفيل.

(١) بعكس الفقه المصري، الذي عرض للكفالة كتأمين شخصي إلى جانب التأمينات العينية تماماً - السنهوري/ الوسيط/ جـ١٠ - جمال زكي/ التأمينات الشخصية والعينية ط٣/ دار الشعب/١٩٧٨ - عبد الفتاح عبد الباقي/ التأمينات الشخصية والعينية/١٩٥٠ توفيق فرج/ التأمينات الشخصية والعينية/ ١٩٨٤/ مؤسسة الثقافة - سمير تناغو/ التأمينات الشخصية والعينية - دار المعارف/ ١٩٨٤- نبيل سعد/ التأمينات العينية والشخصية/ منشأة المعارف/ ١٩٨٢- منصور مصطفى منصور/ عقد الكفالة/ ١٩٦٠/ سليمان مرقس/ عقد الكفالة ١٩٥٩- رمضان أبو السعود/ التأمينات الشخصية والعينية/ منشأة المعارف/ ١٩٩٤ ، د. أحمد شرف الدين التأمينات الشخصية والعينية دون ناشر، ولا سنة نشر. وبعكس الفقه الفرنسي، مثلاً- سيملر، وديلبك/ القانون المدني/ التأمينات والشهر العقاري/ دالوز/ ١٩٩٥/ط٢/ وبوتيه(ب) - الكفالة/ النظرية العامة، والتطبيقات المصرفية/١٩٨٦ - كبيرياك، مولاي/ قانون التأمينات/١٩٩٠.

فصل تمهيدي

في التعريف بالكفالة، خصائصها، شروط الكفيل

تمهيد، وتقسيم:

٩ - عرَّف المشرع، الكفالة بالمادة ٧٤٥ من القانون المدني، وخلص الفقه من تعريف الكفالة إلى بيان خصائصها، ومن تعريف الكفالة، وتحديد خصائصها، يمكن التفرقة بينها، وبين غيرها من الأنظمة القانونية التي قد تتشابه معها أو تختلط بها.

- ومن ناحية أخرى فإن مصادر التزام المدين بتقديم كفيل متعددة، فبعضها مصدره القانون، كما هو الحال في النفاذ المعجل بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد التجارية، بشرط تقديم كفيل[1] وهذه هي الكفالة القانونية وبعضها مصدره حكم القضاءوهذه هي الكفالة القضائية. فاذا التزم المدين، بتقديم كفيل للدائن، كان مصدر الكفالة، الاتفاق.

- وأخيراً، فقد اشترط المشرع أن يكون الكفيل موسراً، وأن يكون مقيماً في الكويت - م٧٤٧ مدني[2].

١٠ - وعليه، فسوف نعرض بداية لتعريف الكفالة، وخصائصها والتفرقة بينها وغيرها من الأنظمة القانونية الأخرى في مبحث أول - ثم مصادر الكفالة، وشروط الكفيل - في مبحث ثان.

---

(١) وما ورد بنص م ٩٥١ مدني، بأنه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً، وجب جرده، ولزم المنتفع بتقديم تأمين كاف. ولفظة تأمين كاف الواردة بالنص على عمومها تشمل لذلك التأمين العيني، والشخصي بما في ذلك تقديم كفالة به.

(٢) وتطبيقاً للنص، انظر تمييز ١٩٨٦/٥/١٤ ومجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز - يونية ١٩٩٦/ص٥٧/رقم (١).

المبحث الأول

تعريف الكفالة، خصائصها، التفرقة بينها وبين غيرها

تقسيم:

١١ - نعرف الكفالة [1] ونبين خصائصها في مطلب أول - على أن نفرق بينها، وبين غيرها من الأنظمة القانونية في مطلب ثان.

---

(١) لم ير المشرع ما يدعو في بيان أحكام الكفالة إلى التفرقة بين الكفالة بالنفس، والكفالة بالمال شأن بعض التقنيات لأن الكفالة بالنفس لا تعتبر كفالة حقيقية. فالكفيل بالنفس لا يلتزم، التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي وإنما يلتزم التزاماً أصلياً بعمل معين هو إحضار المدين يوم حلول أجل الدين من حكم التمييز ١٩٨٨/٢/١٥/ المجموعة السابقة/ ص٦١/ رقم٩.

المطلب الأول

ماهية الكفالة وخصائصها

١٢ - نعرض بداية لماهية الكفالة ثم خصائصها على النحو الآتي بيانه:

أولاً - ماهية الكفالة:

١٣ - الكفالة، عقد يضم بمقتضاه شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيد التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين - م٧٢٥ مدني[١] ويستفاد من هذا التعريف للكفالة ما يلي:

- أن الكفيل لا يخصص أي مال من أمواله الخاصة لضمان الدين. انه على ما ورد بالنص يضم ذمته إلى ذمة المدين. فيصبح للدائن ضمانان: الأول عام على أموال المدين. والثاني عام، على أموال الكفيل وتفريعاً على ذلك، إذا أعسر المدين، والكفيل معاً، فإن الضمان العام للدائن يظل مهدداً، وهذا هو الفرق بين الكفالة، كتأمين شخصي، وبين التأمينات العينية. التي يتعلق فيها حق الدائن بمال خاص[٢].

---

(١) وهو التعريف المختار في الفقه الاسلامي - مثلاً - م٨٣٩ من مرشد الجيران - وفي الكفالة عموماً انظر - من الفقه الفرنسي: سيملر وديلبك - القانون المدني - التأمينات والشهر العقاري - دالوز/١٩٨٩/ص٣٠/ بند ٢٢ /١٩٩٥ وسيملر/ الملكية --- والملكية الخاصة، والكفالة/ مجلة الأسبوع القانون ١٩٨٧/١٩٩٠ - وسيملر قانون التأمينات /١٩٩٠/ص١٩/ بند ١١ سيري، القروض العقارية المكفولة/جازيت دي باليه/١٩٨٧/٢/فقه / ص٦٨٧ - داجو- التأمينات العينية في مواجهة التأمينات الشخصية / الاسبوع القانوني/ ١٩٨٦- ص ٩٣- وهايثز/ الكفالة/ كضمان لمنح الائتمان/ مجلة البنوك/ بلجيكا/ ١٩٦٦/ ص ٢٢١/ ص٢٢٣- ومن الفقة المصري السنهوري/ الوسيط/ جـ ١٠/ط ١٩٧٠/ص١٩/ص٢٠/منصور مصطفى / عقد الكفالة/١٩٦٠/ ص٣٠- توفيق فرج/ التأمينات الشخصية والعينية/ ١٩٨٤/ ص٨/ بند٧/ سمير عبد السيد تناغو التأمينات الشخصية والعينية/ دار المعارف/ ص١٧/ بند ٥/ جمال الدين زكي/ التأمينات الشخصية والعينية/ ط٣/ دار الشعب/ ص ٢٩/ بند ١١- سليمان مرقس/ عقد الكفالة /١٩٥٩/ص٥/ بند ٢ وتمييز ١٩٨٦/١١/٥/ مجموعة القواعد القانونية / يونية ١٩٩٦/ ص٥٨/ رقم ٢.

(٢) وهو ما لا يتحقق بطبيعة الحال إذا كان الكفيل موسراً، كما هو الشأن في كفالة البنوك. ولذا تعتبر كفالة البنوك، أحد أهم التطبيقات الحديثة للكفالة، كما ذكرنا آنفاً.

- على أنه يمكن تصور فرض يقوم فيه الكفيل بتقديم مال مملوك له ضماناً لدين الدائن. وفي هذه الحالة نكون بصدد كفالة عينية تختلف عن الصورة العادية للكفالة فيها يجمع الكفيل بين صفته ككفيل وراهن ويسمى الكفيل العيني Caution rélle وتسري عليه أحكام الكفالة، والرهن في آن واحد. على أن حق الدائن في التنفيذ على المال المرهون لا يحول - فيما سنرى، بينه وبين التنفيذ على أموال المدين بمقتضى ماله من ضمان عام[1].

كذا، يبين من النص المذكور، بأن الكفالة، عقد بين الدائن، والكفيل والمدين ليس طرفاً فيها، بل انه، وعلى ما سنرى حالاً، لا يشترط لنفاذ الكفالة رضاء المدين بها حيث يمكن أن تتم دون علمه، وبرغم معارضته .ومع ذلك فإن المدين يستفيد من الكفالة، دون أن يكون مشترطاً لمصلحته، ولا مستفيداً في تعهد عن الغير.

- وإذا كانت الكفالة، على ما رأينا، تقوم على التزام أصلي «التزام المكفول» وتعمل على ضمان الوفاء به. فإن ذلك يؤكد معنى التبعية في عقد الكفالة[2] أي أن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول. وعليه، تتعدد العلاقات الناشئة عن الكفالة وتتمثل في علاقة الدائن بالمدين، وعلاقة الدائن بالكفيل، والأولى علاقة أصلية، يمكن أن تختلف في محلها، ومصدرها عن الثانية، وهي علاقة تبعية[3].

---

(١) ولا يجوز للكفيل العيني مطالبة الدائن بالتنفيذ أولا على أموال المدين وبعبارة أخرى ليس له الدفع بالتجريد، بخلاف الكفيل الشخصي غير المتضامن مع المدين. ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك. كما ان الكفيل العيني يمكنه التخلص من توجيه الإجراءات ضده، إذا تخلى عن العقار المرهون طبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه العقار، على تفصيل لاحق. كما ان التزام الكفيل العيني تابع، لذا يجوز له التمسك بالدفوع التي يتمسك بها المدين، والتي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الدين كله أو بعضه.

(٢) جمال زكي/ ص٣٨/ بند١٨- تناغو/ ص٢٠/بند٧ -سيملر وديلبك/ ص١٤/ بند١٠.

(٣) سيملر وديلبك/ مرجع وموضع سابقين/ تناغو/ ص١٩/ بند٦.

والمهم، بأنه على هدى من التعريف الوارد بالمادة ٧٤٥ مدني يمكن أن نستخلص أهم خصائص الكفالة[١].

ثانيا - خصائص الكفالة :

١ - الكفالة . عقد ضمان Contrat de garantie

١٤ - وتفسير ذلك، أن الكفالة، تقوم أصلاً على تعدد المدينين «دون أن يكون ذلك تضامناً فيما بينهم» بحيث تخول الدائن حق الضمان العام، ليس فقط على أموال مدينة، كما هو الشأن في أحكام الضمان العام، وانما كذلك على أموال الكفيل فتعد لذلك، عقداً من عقود الضمان الخاص.

٢- الكفالة عقد رضائي .C.Consensuel

١٥ - تنعقد الكفالة بتراضي الطرفين، الدائن، والكفيل من دون اشتراط أي شكل خاص. وعليه، يخضع اثبات الكفالة للقواعد العامة في الاثبات ومع ذلك فإن الكفالة لا تفترض، بل يجب التعبير عنها صراحة من قبل الكفيل وقد تواتر قضاء محكمة التمييز على أن في اثبات الرضاء بالكتابة ضمان كاف لجعله صريحاً[٢]. وأن الكفالة في بيوع السيارات بالتقسيط يجب أن تكون مكتوبة، وصريحة وموقعة[٣].

---

(٣) قاموس قانون الأعمال - ط- الكفالة/ص ٤١٤ - ويمكن أن تقترن الكفالة كتأمين شخصي، بالتأمينات العينية، عندما يكفل شخص، المدين، انما في حدود مال معين يمكن الدائن التنفيذ عليه إذا أعسر المدين الأصلي - المرجع السابق رقم ٣٦.

(٢) تمييز ١٩٨٧/٢/١١/ مجلة القضاء والقانون/ س١٥/ اكتوبر ١٩٩٤/ ص١٢٨/ رقم ٣٤، بينما نصت م ٧٧٣ من القانون المدني المصري على وجوب اثبات الكفالة بالكتابة والكتابة، ليست شكلاً للعقد، ضرورياً لانعقاده بل مجرد وسيلة اثبات بينما ترك التقنين المدني الفرنسي م «٢١٥» شأنه في ذلك شأن التقنين الكويتي اثبات الكفالة للقواعد العامة - سيملر، وديلبك/ ص ٤٢/ بند٣٣. فنصت م ٢١٠٥ مدني على ما يأتي:

" Le Cautionnement ne se presumé Point il doit etre expriés"

وانظر ـ نقض مدني / ٣٠ مارس ١٩٩٤ / دالوز ١٩٩٤/ مختصرات / ص ١٠٢.

(٣) مثلا تمييز «الدائرة التجارية » ١٩٨٤/٣/٦. رقم ١٩٣٠ ـ غير منشور. ونفس الدائرة ١٩٨٤/٣/٢٠/ رقم ١٤١٦ ـ غير منشور.

٣- الكفالة عقد ملزم لجانب واحد C.Unilateral

١٦ - الكفالة، عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل، الذي يلتزم قبل الدائن بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين. بينما لا يلتزم الدائن قبل الكفيل، ومع ذلك فقد يلتزم الدائن بالتزام مقابل للكفيل، كأن يلتزم مثلاً بدفع مبلغ من النقود للكفيل مقابل تحمله الضمان، أو غير ذلك، فتكون - عندئذ - ملزمة للجانبين. انما لا يغير من طبيعة الكفالة، على أنها عقد ملزم لجانب واحد أن يتقاضى الكفيل مقابلاً من المدين، لأن الأخير، ليس طرفاً في عقد الكفالة، كما قدمنا[1]. وإذا نشأت للكفيل أية حقوق قبل المدين، فلا يغير ذلك أيضاً من اعتبار الكفالة عقداً ملزماً لجانب واحد. فهذه الحقوق تجد مصدرها ليس من عقد الكفالة ذاته، بل من عقد آخر بين الكفيل، والمدين، أو من قواعد الفضالة أو الاثراء بلا سب.

كذا، لا يغير من طبيعة الكفالة، كعقد ملزم لجانب واحد، وقوع التزامات عدة على عاتق الدائن، ومن ذلك التزامه بالمحافظة على التأمينات التي تضمن الوفاء بالدين م ١/٧٥٦ مدني ، والتزامه باتخاذ الاجراءات في مواجهة المدين بمجرد انذار الكفيل له باتخاذها م ٢/٧٥٧مدني والتزامه بالتقدم بالدين في تفليسة المدين والحقيقة أن هذه شروط، بغيرها لا يتسنى للدائن الرجوع على الكفيل بالالتزام المكفول[2]. فتبرأ ذمة الكفيل[3].

---

(١) وجمال زكي/ ص ٣٤/ بند ١٦ -والتزام الكفيل منجز ينشأ بمجرد انعقاد الكفالة، ويحل بمجرد حلول الدين الأصلي - تمييز ١٩٩٠/٦/٤/ المجموعة / يونية ١٩٩٦/ ص٦٢/ رقم ١٣.

(٢) وحملاً على سبب آخر، منصور/ ص١٣/ بند٧ - وعبد الحي حجازي/ النظرية العامة للالتزام / ١٩٥٤/ القاهرة/ ص ٩١، وبعدها، فيما أشير إليه في جمال زكي/ ص ٣٤ هـ. (٤) - وانظر ، سيملر وديلبك/ ص ٤٢/ بند ٣٣ - وسبب آخر في رمضان أبو السعود/ التأمينات الشخصية والعينية/ منشأة المعارف/ ١٩٩٤/ ص٣٥ -ورأي آخر في مرقس/ ص٩/ بند٨.

(٣) العبارة التي تصدرت المادة ٧٥٦، والمادة ٧٥٧ مدني.

٤ - الكفالة عقد تبرع C.de bienfaisance أو معاوضة C.oneral

١٧- فالكفيل يلتزم قبل المدين عادة بدون مقابل، على أن التطور المعاصر قد أثر في الصفة التبرعية للكفالة، خصوصاً الكفالات البنكية، بوصفها من العمليات المصرفية، أو من وظائف البنوك التي لا تقوم بدون مقابل، ومن ثم يصبح العقد معاوضة[١].

- وعلى أية حال، فتقرير ما إذا كانت الكفالة تبرعاً، أو معاوضة، ينظر فيه إلى طرفيها وهما الدائن، والكفيل، فإن التزم الكفيل قبل الدائن من دون مقابل اعتبرت الكفالة، تبرعاً، فإذا التزم الدائن بإعطاء الكفيل مقابلاً، كانت الكفالة معاوضة أما علاقة الكفيل بالمدين، فهو عنصر خارج عن طرفي العقد، فلا ينظر إليها لاضفاء صفة التبرع، أو المعاوضة على الكفالة.

- وأخيراً فإن اعتبار الكفالة تبرعاً أو معاوضة، يرتب آثار التفرقة بين هذين النوعين من العقود، سواء فيما يتعلق بالأهلية التي يلزم توافرها في الكفيل، أو في دعوى عدم نفاذ التصرف، القانونية... الخ.

٥ - الكفالة عقد تابع C.accessoire

١٨ - ذلك أن التزام الكفيل، تابع لالتزام المدين الأصلي «الالتزام المكفول» بمعنى أن المدين إذا لم يقم بالوفاء بالدين تكفل به الكفيل. وعليه، لا تقوم الكفالة بذاتها، بل تقوم تابعة لالتزام أصلي، تضمن الوفاء به للدائن، إذا لم يقم به المدين [٢] والتبعية، أهم خصائص

(١) وقرب، نقض، تجاري ٢٥ مارس ١٩٩٥ • بلتان مدني - ٤- رقم ١١٤ - وتفاصيل في تيستو/ الكفالة التبرعية - الاسبوع القانوني /١٩٨٨/ طبعة الموثقون/١/ رقم ٧٠٣ - والطبعة العامة من نفس المرجع/١/رقم ٢٣٧٧. ونقض مصري ١٩٣٧/٤/٧/ الموسوعة الذهنية/ ج٨/ ص٦٩٢.

(٢) سيملر، وديلبك/ ص٣٥/ بند ٢٧ - وبند٢٠٠ - والمادة ٢٠١١ مدني فرنسي - وقد أشرنا بأن الضمانات المستقلة ومنها، فإن الضامن، بعكس الكفيل يضمن الدين بصفة أصلية =

الكفالة، ويترتب عليها عدة نتائج مهمة هي:

أ- لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً م٧٥٠/١ مدني :

١٩- وتفريعاً على ذلك لا تجوز كفالة الالتزام الباطل، أيا كان سبب البطلان ومع ذلك فقد نص المشرع على أنه إذا كانت الكفالة بسبب نقص أهلية المدين وابطل التزامه، التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مديناً أصلياً م٧٥٠/٢ مدني. وقد ورد ذلك، بخلاف الأصل العام وهو استثناء يؤكد القاعدة، وهي أن الكفالة لا تكون صحيحة، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً ولا ينفيها.

ب - الكفالة تتبع الالتزام المكفول وجوداً، وعدماً:

٢٠ - ومعنى ذلك، أن التزام الكفيل ينقضي، بانقضاء الالتزام المكفول، أيا كان سبب الانقضاء، الوفاء، أو الوفاء بمقابل، أو الابراء...الخ.

ج - للكفيل في مواجهة الدائن كل الدفوع التي كانت للمدين الأصلي[1]

٢١ - وقد ورد النص على ذلك صراحة بالمادة ١/٨٥٤ مدني.

= وهذه الضمانات تنقسم إلى أقسام عدة في ذلك رسالة آنسل(ب) التأمينات الشخصية غير التبعية في القانون الفرنسي، والقانون المقارن - رسالة ديجون/ ١٩٨١ - خاصة المقدمة ومنها خطاب النوايا - وفيها يظهر الغير إرادته، ليس بالوفاء بالتزام المدين ولكن القيام بكل ما يلزم لدفع المدين إلى الوفاء - ومثل هذا الضمان يوصف - بأنه التزام بعمل - من ذلك سيملر، وديلبك/ بند ١٨٥

- وتمييز ١٩٨٦/١٢/٣١/ المجموعة / يونية ١٩٩٦/ ص٥٩/ رقم ٤.

(١) والمادة ٢٣٦ مدني فرنسي/ وسيملر وديلبك/ ص ٣٦/ بند٢٨.

ومن ذلك الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى، والدفع بالتجديد - والمقاصة، وانقضاء الدين - الخ.

د - التزام الكفيل، لا يجوز أن يكون أشد وطأة من الالتزام المكفول:

٢٢ - ولذا، نصت م٧٥١ بأن الكفالة، لا تجوز في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول. وتفريعاً علي ذلك إذا كان الدين الأصلي معلقاً على شرط، أو مضافاً إلى أجل، كان التزام الكفيل كذلك. ولا يجوز إعمالاً، لخاصية التبعية أن يلتزم الكفيل بمبلغ أكبر من الالتزام المكفول «التزام الأصلي».

إنما يثور التساؤل مع ذلك بصدد حكم تجاوز التزام الكفيل الالتزام الأصلي سواء في أوصافه أو في مقدارة؟ وقد يتبادر إلى الذهن لأول وهله أن الجزاء هو البطلان. والحقيقة أن التزام الكفيل، وإن تجاوز الالتزام المكفول يكون صحيحاً، أنما في حدود الالتزام الأصلي فقط. وعليه فإنه ينقص إلى ذات حدود الالتزام الأصلي.

- وإذا كان التزام الكفيل مجرد التزام تابع للالتزام المكفول فلا يتجاوزه بالزيادة. فإن من الجائز أن يأتي التزام الكفيل أقل من الالتزام المكفول. ومن ذلك مثلاً أن يكفل الشخص جزءاً من الدين فقط - الفقرة الثانية للمادة ٧٥١ مدني [1].

٢٣ - ولمَّا كان الكفيل يضم ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الالتزام المكفول - على النحو الذي بسطناه - وإذا كان التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، إلا أنه قد يختلف عنه في المصدر، والمحل.

(١) المقابلة للمادة ٢٠١٣ مدني فرنسي - المقابلة للمادة ٧٨٠ مدني مصري ولاحقاً/ ص٣٦/ بند٤٣/ وجمال زكي/ ص ٧٣/ بند ٤١.

فالتزام المدين قد يكون محله عمل القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو التزام باعطاء. بينما التزام الكفيل، محله الوفاء بالتزام المدين الأصلي، إذا لم يقم به المدين نفسه.

كذا، فإن التزام الكفيل، وإن كان تابعاً للالتزام الأصلي، إلا أنه ليس التزاماً معلقاً على شرط واقف، هو عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء بالتزامه بل هو التزام بات. ذلك أن الشرط، امر عارض، يعلق عليه التزام المدين بل إن الأصل أن يكون الالتزام بسيطاً. أما تعليق التزام الكفيل على عدم وفاء المدين بالتزامه، فأمر جوهري في عقد الكفالة. لذا، فإن تعليق التزام الكفيل مردة، خاصية التبعية التي تميز الكفالة عن غيرها من التأمينات[1].

(١) أو هو الدور الاحتياطي الذي يقوم به الكفيل عند سليمان مرقس / عقد الكفالة/ ١٩٥٩/ ص٥ - منصور مصطفى منصور/ عقد الكفالة/ ١٩٥٩/ ص٨. ونقض ١٩٧٢/١٢/٢٨/ الموسوعة الذهبية ج٨/ص٧٠٥.

المطلب الثاني

التمييز بين الكفالة، والأنظمة القانونية الأخرى

٢٤ – الكفالة على ما رأينا تقوم على تعدد المدينين بالالتزام دون ان يكون ذلك تضامناً فيما بينهم. بحيث نجد المدين الأصلي، بجانبه مدين تابع هو الكفيل. ولا يقوم الأخير بتنفيذ الالتزام المكفول، إلا إذا لم يوف به المدين. وبذا، تختلف الكفالة عن التضامن، والانابة الناقصة، والتجديد، والتعهد عن الغير، وتأمين الثقة، أو الاعسار[1] وذلك على التفصيل الآتي:

١ – الكفالة، والتضامن السلبي «بين المدينين»:

٢٥ – تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين. فالمدين المتضامن يلتزم بصفة أصلية في مواجهة الدائن [2] بينما التزام الكفيل تابع للالتزام الأصلي، بتنفيذ التزامه في مواجهة الدائن ويترتب على هذا، نتيجة مؤداها، أن للكفيل، بعكس المدين المتضامن، أن يتمسك ببراءة ذمته إذا ما أضاع الدائن التأمينات. ويقسط التزام الكفيل إذا لم يرجع الدائن على المدين خلال مهلة معينة هي ثلاثة أشهر من تاريخ إنذار الكفيل له، وإذا لم يدخل الدائن في تفليسه المدين سقط حقه في الرجوع على الكفيل، بقدر ما كان يستطيع أن يحصل عليه من هذه التفليسة.

---

(١) تناغو/ ص٢٥/ بند١١– منصور / ص ١١، وما بعدها – توفيق فرج /ص١٣/ بند٩ رمضان أبو السعود/ ص٤٤، وما بعدها – الذي عرض للتفرقة بين الكفالة، وحوالة الحق – والكفيل والوكيل بالعمولة الضامن/ ص٤٨ – والكفالة، والضمان الناشيء عن تظهير الأوراق التجارية.

(٢) ولذا، يخرج البعض عن نطاق التأمينات الشخصية، التضامن بين المدينين، بالنظر إلى أن كل مدين يعتبر مسئولاً بصفة أصلية عن الوفاء بالالتزام – همام محمد محمود زهران/ التأمينات العينية والشخصية / ١٩٩٧/ دار المطبوعات الجامعية/ ص ١٩.

٢ - **الكفالة، والانابة الناقصة:**

٢٦ - الانابةفي الوفاء، قسمان: كامله، وناقصة م٤٢٢ مدني وبعدها ولا وجه للخلط بين الكفالة، والانابة الكاملة. فالكفالة تقوم على تعدد المدينين بالالتزام بينما يترتب على الانابة الكاملة في الوفاء، اختفاء المنيب، ليحل محله المناب بحيث لا يوجد أمام الدائن سوى مدين واحد هو المناب. أما الانابة الناقصة فينشأ بمقتضاها التزام جديد على عاتق المناب إلى جانب التزام المنيب. بحيث يجوز للدائن « المناب إليه» الرجوع على مدينين، لا مدين واحد [1] وهذا هو وجه التشابة بين الكفالة، والانابة الناقصة. ومع ذلك يختلف النظامان، أما وجه الاختلاف بينهما، أن المنيب بعكس الكفيل، لا يلتزم بصفة تبعيه، بل بصفة أصلية [2] ويترتب على ذلك نتيجة مهمة، مؤداها، أن المنيب بعكس الكفيل، لايجوز له أن يدفع في مواجهة الدائن بالرجوع أولاً على المناب ولا يجوز له أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع بالتجريد «أي التنفيذ أولاً على أموال المدين ، بتجريده ، قبل البدء في التنفيذ على أموال الكفيل.

٣ - **الكفالة، والتعهد عن الغير:**

٢٧ - التعهد عن الغير، يعني التزام المتعهد بجعل الغير يلتزم بأمر ما. بينما يلتزم الكفيل بالوفاء بالتزام المدين، إذا لم يقم به المدين نفسه، وبذا، فلا وجه للخلط بينهما[3] على أن الكفالة تقترب كثيراً من التعهد

---

(١) أخذاً من النص الوارد بالمادة ٤٢٢ مدني تتم الانابة إذا انفق المدين، وأجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه، أو مكانه. والأولى تعني الانابة الناقصة، والثانية تعني الانابة الكاملة. وانظر المذكرة الايضاحية تعليقاً على النص المذكور.

(٢) سمير تناغو - التأمينات الشخصية، والعينية/ دار المعارف/ ص ٢٦/ بند١١ - منصور/ ص١١/ همام /ص١٩/هـ (١).

(١) سيملر وديلبك/ ص ١٥/ بند١١.

عن الغير في حالة ما إذا تخلف الغير عن القيام بتنفيذ الالتزام محل التعهد. حيث يلتزم المتعهد عندئذ بالتعويض وأحد أهم صور التعويض، قيام المتعهد نفسه بتنفيذ الالتزام. فيقترب بذلك من الكفيل، كونه ينفذ التزاماً كان المفروض أن يقوم به الغير. والحقيقة، أن المتعهد خلاف الكفيل يلتزم بصفة اصلية. وفي التعهد عن الغير، لا يوجد سوى الالتزام أصلي واحد بينما الكفالة، تشتمل على التزامين، الالتزام المكفول، والالتزام الكفيل، والثاني على ما قدمنا تابع للأول. وأخيراً فإن التزام المتعهد، بالقيام على تنفيذ الالتزام مجرد تعويض عن تخلف الالتزام الذي تعهد به هو بصفة أصلية، بينما جوهر الكفالة، الوفاء بالتزام شخص آخر.

٤ - الكفالة ، والتجديد:

٢٨ - التجديد novation أن يحل المدين الجديد محل المدين الأصلي في تنفيذ الالتزام مع براءة ذمة الأخير ومعنى ذلك، أنه لن يوجد بتحديد الدين، أمام الدائن سوى مدين واحد هو المدين الجديد وهي نتيجة يختلف - تماماً عن الكفالة، حيث يوجد إلي جانب المدين الأصلي المدين التابع «الكفيل».

٥ - الكفالة، وتأمين الثقة، أو الاعسار:

٢٩ - تأمين الثقة، أو تأمين الاعسار، عقد يغطي به دائن مخاطر اعسار مدينة عن طريق التأمين لدى احدى شركات التأمين «المؤمن» ضد اعسار مدينة ويبدو لأول وهله أن المؤمن، في مركز الكفيل. بحيث يوفي بالدين، إذا اعسر المدين الأصلي. والحقيقة أن المؤمن لا يكفل التزام المدين، بل يلتزم بالتزام أصلي بدفع مبلغ التأمين إلى الدائن في حالة اعسار المدين[١].

---

(١) توفيق فرج/ أحكام الضمان «التأمين» في القانون اللبناني/ ١٩٧٥/ ص ١٤٦ بند ٦٣ وتوفيق فرج/ مرجع سابق/ ص١٥ - سيملر وديلبك/ ص ٣٩/ بند٣١.

المبحث الثاني
مصادر الكفالة، وشروط الكفيل

٣٠ - تنقسم الكفالة بالنظر إلى مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل إلى كفالة اتفاقية مصدرها العقد المبرم بين الدائن، والمدين على أن يقوم الأخير بتقديم كفيل للدائن لمنحه القرض، أو الأجل، أو الائتمان. وقد يلتزم المدين بتقديم كفيل بنص القانون، فتكون الكفالة قانونية. ومن ذلك ما ورد بنص م ٩٥١ مدني بأنه إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا، وجب جرده، ولزم المنتفع تقديم تأمين كاف ضمانا لالتزام المنتفع بالرد عند انتهاء حق الانتفاع. ويعتبر التأمين كافياً - على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للنص المذكور، إذا قدم المنتفع كفيلا(١). وقد تقرر الكفالة بحكم صادر من القضاء، فتكون الكفالة قضائية.

- وأيا ما كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل المدين فإنه يشترط في الكفيل، أن يكون موسراً، وأن يكون مقيماً بالكويت. وإلا التزم المدين بتقديم تأمين عيني بدلاً عن الكفيل(٢) أو بتقديم كفيل آخر.

٣١ - وتبعاً لذلك، نوزع الدراسة، على مطلبين: الأول، في مصادر الكفالة، والثاني في شروط الكفيل.

---

(١) فإن امتنع جاز للقاضي أن يأمر بوضع المال في يد أمين يتولى إدارته لحساب المنتفع - المذكرة الإيضاحية تعليقا علينص المادة ٩٥١/ص٧٢٥.

(٢) وانظر - توفيق فرج/ ص ١٦/ بند١٥ - تناغو/ ص٢٩/ بند١٣.

المطلب الأول
مصادر الكفالة

٣٢ – الأصل أن الكفالة – على ما ذكرنا عقد. ولذا فإنها غالباً اتفاقية. والاتفاق، يبرم بين الدائن، والمدين، بحيث يلتزم الأخير، بتقديم كفيل. لغرض الحصول على الائتمان، أو القرض، أو أجل السداد...إلخ.

– وقد يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل، نص القانون، وعندئذ توصف الكفالة بأنها قانونية.

٣٣ – وقد يكون مصدر الكفالة حكم المحكمة فتوصف الكفالة عندئذ بأنها قضائية. وتنبه بأن الكفالة لا تكون قضائية إلا إذا تقررت أصلاً بحكم القضاء. أما إن كانت الكفالة اتفاقية، أو قانونية، ثم اثير النزاع بشأنها، ورفع أمام القضاء، فحكم فيها، فإن الكفالة، لا تعتبر قضائية، طالما أن مصدرها أصلاً، هو الاتفاق أو نص القانون.

ومن أمثلة الكفالة القضائية، ما ورد بنص م ٢/٨٢٤ مدني بأنه إذا وافقت المحكمة على قرار أغلبية الشركاء في الشيوع، وهم الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، باجراء تغييرات أساسية أن تقرر ما تراه من التدابير ومن ذلك مثلاً، أن تأمر بإعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاد بما قد يستحق من تعويضات تنشأ عن أخطاء التنفيذ[1].

– وكذا، ما ورد بقانون المرافعات بأنه يحوز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة، أو بغير كفالة في الحالات المبينة في نصوصه.

---

(١) وانظر المذكرة الإيضاحية تعليقا على النص / ص ٦٠٤. وتفصيلا جمال زكي / ٤٠ / بند٢٠.

٣٤ - ويثورالتساؤل، عن أهمية التفرقة بين أنواع الكفالة؟ ونبادر إلى القول بأنه في الكفالة القضائية، والقانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين. بعكس الحكم في الكفالة الاتفاقية فإن التضامن بين الكفلاء لا يفترض، وإنما لابد من الاتفاق عليه صراحة. وهذه مسألة على جانب من الأهمية فعلى ما سنرى، إذا كان الكفيل متضامناً مع غيره من الكفلاء، فلا يجوز له الدفع بالتقسيم، أي بعدم رجوع الدائن عليه إلا بقدر نصيبه في الدين، بينما يجوز ذلك للكفيل غير المتضامن.

- كذا، فإن الكفيل يكون متضامناً مع المدين إذا كانت الكفالة قانونية، أو قضائية ولذا، يكون للدائن الرجوع عليه أولاً قبل الرجوع على المدين، والتنفيذ على أمواله قبل تجريد المدين. فإن لم يكون الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز للدائن ذلك.

المطلب الثاني

شروط الكفيل

٣٥ - إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً، ومقيماً في الكويت. أيا كان مصدر الكفالة. فإن تعذر ذلك، التزم المدين بتقديم كفيل آخر أو تأمين عيني كاف م١/٧٤٧ مدني[1] وهذا الالتزام حق مقرر لمصلحة الدائن وحده وحماية ضمانه[2] وتفسير ذلك أن الكفالة - فيما ذكرنا - تقوم على ضم مدين أو أكثر إلى المدين

(١) بينما ورد نص ٢٠١٨ مدني فرنسي - المقابل للنص المذكور، بأن المدين الملتزم بتقديم كفيل يجب أن يقدم كفيلاً له أهلية التعاقد، وله من الأموال ما يكفي للوفاء بالالتزامات محل الكفالة، وله موطن في فرنسا - وانظر سيملر وديلبك /ص٧٣/ بند ٦٠.

(٢) ولذا، يعتبر رخصة للدائن، له إن شاء استعمالها، وإن شاء تركها دون أن يعد ذلك منه تنازلاً عن الكفالة/ تمييز/ ١٩٨٦/١١/٥/ المجموعة / يونية١٩٩٦/ ص ٥٧/ رقم (١) .

الأصلي بحيث يكون أمام الدائن أكثر من مدين إن أعسر أحدهم، تكفل الآخر بالوفاء.

وعلى ذلك، فأمر طبيعي. اشتراط اليسار فيمن يكون كفيلاً عن المدين والمقصود باليسار، أن يكون لدى الكفيل أموالاً تفي للوفاء بالالتزام الذي تقدم لضمانه، وليس من المهم بعد ذلك أن تكون أمواله عقارات، أو منقولات. على أن يسار الكفيل، أو اعسارة مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. وعلى المدين اثبات يسار الكفيل. إذا أدعى الدائن إعساره[1] وعليه أن يثبت خصوصاً، وجود أموال مملوكة للكفيل كافية للوفاء بالتزام المكفول.

- وليس للكفيل المعسر أن يتحلل من التزامه قبل الدائن بدعوى إعساره، والتزام المدين بتقديم آخر بدلاً منه. ذلك أن النزاع حول قيام هذا الالتزام، وافتقاد الكفيل شرط اليسار المنصوص عليه بالمادة السابقة، نزاع بين الدائن ، والمدين ولا شأن للكفيل به بحيث يبقي التزامه بعد إعساره قائماً ومنتجاً لآثاره. ويكون للدائن عندئذ التنفيذ على أمواله، كما يكون له إن أفلس التقدم ضمن سائر الدائنين في تفليسته. وتأكيداً لذلك حكم بأن النعي من الطاعنة بأن إعسار الكفيل المحال إليها، يحول دون حق البنك الدائن في الرجوع على هذا الكفيل بالدين المكفول يكون على غير سند من القانون[2].

---

(١) السنهوري/ ص٣١/ - تناغو/ ص٣١/ بند١٣. والمذرة الإيضاحية تعليقاً على نص م٧٤٧ مدني / ص٥٣٦ / ص٥٣٧.

(٢) تمييز ١٤/٥/١٩٨٦/ المجموعة ١٩٩٦/ ص٥٨/ رقم(١).

٣٦ - كما يشترط أن يكون الكفيل مقيماً بالكويت [1] ولا يشترط أن يكون الموطن العام للكفيل، الكويت. إنما يكفي أن يكون للكفيل في الكويت موطناً مختاراً خاصاً بتنفيذ الكفالة. ويقطع بذلك أن الحكمة من الإقامة بالكويت تمكين الدائن من الرجوع على الكفيل إذا اعسر المدين. بدون أن نحمله مقاضاة شخص خارج البلاد ولذا يكفي أن يكون للكفيل موطناً مختاراً. كذا، فإن اشتراط إقامة الكفيل في الكويت يمكن الدائن من مراقبته، ومن تتبعه بسهولة. وإذا أعسر الكفيل بعد الكفالة، أو لم يعد له موطن بالكويت، وجب تقديم كفيل آخر، أو تأمين عيني.

- يثور التساؤل، في الفرض الذي يلتزم فيه المدين بتقديم كفيل، اختاره الدائن بنفسه وبعد ذلك، أعسر، أو نقل اقامته خارج البلاد، فهل يلتزم المدين بتقديم كفيل غيره؟ الاجابة بالنفي. لأن الدائن اختاره من البداية، وكان عليه أن يتحرى الدقة في يسارة، أو إقامته، فإن تخلف شيء من ذلك، لا يلتزم المدين بتقديم غيره، وينطبق الحكم المذكور كذلك، إذا كان الكفيل قد التزم قبل الدائن، دون علم المدين.

(١) فلا يشترط أن يكون كويتياً، فيصح أن يكون أجنبياً مادام موطنه بالكويت، ويؤكد ذلك المادة ٢٩٤ مرافعات التي لم تشترط في الكفيل إلا أن يكون مقتدراً. وانظر أيضاً تمييز/ ٦/ ١٩٨٩/٢/ المجموعة/ يونية ١٩٩٦/ ص٦١/ رقم١٠. والمذكرة الإيضاحية تعليقاً على نص المادة ١/٧٤٧ مدني، موضع سابق.

الفصـل الأول
فـي إبـرام الكفـالـة

تحديد وتقسيم:

٣٧ - الكفـالة، على مـا رأينا عـقـد رضـائي، والـرضـا المطلوب، رضاء الكفيل والدائن فلا يشترط لذلك رضاء المدين.

كذا، فإن محل التزام الكفيل، الوفاء بالتزام المدين إذا لم يفي به المدين نفسه، ويشترط في الدين المكفول أن يكون صحيحاًوموجوداً، وأن يكون التزام الكفيل معيناً.

- وأخيراً، فإن اثبات الكفالة، لا يخرج عن القواعد العامة في الاثبات ولن نعرض له، كما أننا لن نعرض للرضا، إلا والاثبات، إلا في خصوصيات الكفالة فقط[1].

٣٨ - وعليه نقسم دراستنا إلى مبحثين، الأول عن الرضا في الكفالة، والثاني محل التزام الكفيل. «أو نطاق الكفالة».

(١) ونحيل إلى القواعد العامة في الرضا، والمحل، لنظرية الالتزام فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالكفالة.

المبحث الأول - الرضا في الكفالة

تمهيد :

٣٩ - الكفالة على ما قدمنا، عقد رضائي لا يشترط لانعقاده أي شكل خاص ، فيكفي إذن أن يتبادل العاقدان، التعبير عن إرادتين متطابقتين، بأن يتعهد الكفيل للدائن الوفاء بالتزام المدين إذا لم يفي به المدين نفسه، إنما لا يشترط رضاء المدين.

- وإعمالاً لنص المادة ٧٤٦ مدني فإن الكفالة لا تفترض، ويجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً[1].

٤٠ - وعليه، نتناول بداية، عدم اشتراط رضاء المدين، وضرورة أن يكون رضاء الكفيل صريحاً.

أولاً - عدم اشتراط رضاء المدين:

٤١ - طرفا عقد الكفالة، هما الدائن، والكفيل، أما المدين فليس طرفاً في العقد ولذا، فلا يشترط رضاؤه بها. وأخذاً من نص م٧٤٨ مدني، يجوز كفالة المدين بدون علمه، كما يجوز أيضاً برغم معارضته. وهذا النص محض تطبيق لقاعدة عامة مؤداها جواز أن يكون الوفاء بالدين ممن ليست له مصلحة في هذا الدين، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم معارضته م٢/٣٩١ مدني[2] ولما كانت الكفالة

---

(١) ونحيل بشأن التعبير عن الإرادة، في عقد الكفالة إلى المبادئ العامة حيث لم يفرد المشرع الكويتي لها أية قواعد خاصة - وهو ما ينصرف كذلك، إلى سلامة الارادة، أما كفالة التزام ناقص الأهلية، فنعرض له في المبحث الثاني، المتعلق بمحل الكفالة، اعتباراً بأن محل التزام الكفيل يجب أن يكون صحيحاً، ولما كان المشرع قد أفرد قواعد خاصة في كفالة التزام ناقص الأهلية، فسوف نتناولها في المبحث المذكور - وانظر سيملر وديلبك/ ص ٥٦/ بند ٥١ وبعده.

(٢) ... على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الأجنبي إذا اعترض المدين على ذلك، وابلغ الدائن بهذا الاعتراض.

ضماناً شخصياً للوفاء بالدين، فإنها تأخذ حكمه. أما النص على جواز الكفالة، بدون علم المدين أو رغم معارضته، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة يبرره رغبة المشرع في التأكيد على هذه المسألة[1].

ثانياً - يجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً:

٤٢ - الأصل أن التعبير عن الارادة يجوز أن يكون صريحاً، أو ضمنياً ويؤدي تطبيق هذه القاعدة إلى جواز أن يكون رضاء الكفيل ضمنياً. ومع ذلك فقد أثارت هذه المسألة جدلاً في الفقه المصري فالبعض على تطبيق القواعد العامة خصوصاً، وأنه لا يوجد نص يقضي بأن يكون رضاء الكفيل صريحاً[2] والبعض على أن الكفالة تمثل خطورة خاصة بالنسبة للكفيل، كما أن المشرع عبر عن هذه الخطورة بالنص على اشتراط الكتابة لاثبات الكفالة، فوجب، لذات الحكمة أن يكون رضاء الكفيل صريحاً [3] والبعض على أن الشك يفسر لمصلحة المدين فإن اثير الشك حول رضاء الكفيل، اعتبر غير ملتزم بالكفالة، وهي ذات النتيجة التي انتهى إليها أنصار الرأي الثاني.

---

(١) وعند البعض، للتأكيد على خروج النص عما عليه الرأي في فقه الشريعة الاسلامية التي لا تخول الكفيل الذي ضمن المدين بدون علمه أو رغم اعتراضه الرجوع على الدائن. تناغو/ص٣٥.

(٢) فالقاعدة، على ما ورد بالمادة ٩٠ مدني مصري المقابلة للمادة ٣٥ مدني كويتي أن التعبير عن الارادة يمكن أن يكون صريحاً، كما يجوز أن يكون ضمنياً، إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً - من هذا الرأي، جمال زكي في مؤلفين: الوجيز في نظرية الالتزام - سابق الاشارة/ بند٣٧ - والتأمينات الشخصية والعينية/ سابق الاشارة / بند ٢٦ وكذا منصور/ ص٢٨/ وما بعدها.

(٣) من هذا الرأي، مرقس/ ص٧، وما بعدها - وتناغو/ ص٣٥، وبعدها/ بند ١٦. والكتابة شرط لإثبات التزام الكفيل إعمالاً للمادة ٧٧٣ مدني مصري، ولا مقابل له في القانون الكويتي.

- وقد أراد المشرع الكويتي، حسم هذه المسألة، بنصه على أن الكفالة لا تفترض، ويجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً[1] اعتباراً بأن التزام الكفيل أساساً من الالتزامات التبرعية، فيجب لذلك أن يكون رضاؤه بالكفالة قاطعاً، أو صريحاً.

- وننبه، بأن رضاء الكفيل هو الذي يجب أن يكون صريحاً، دون الدائن، الذي يجوز أن يأتي رضاؤه اعمالاً للقواعد العامة صريحاً أو ضمنياً لانتفاء الحكمة التي تقرر لأجلها اشتراط الرضاء الصريح.

المبحث الثاني

«محل التزام الكفيل»' ونطاق الكفالة

- تحديد:

٤٣ - يتعلق التزام الكفيل أصلاً بالوفاء بالدين، إذا لم يفي به المدين الأصلي. ولذا، لا يكون التزام الكفيل ممكناً إلا إذا كان الالتزام المكفول موجوداً، وصحيحاً. فإن كان الالتزام المكفول «الالتزام الأصلي» غير موجود، أصلاً، أو وجد، وصدر حكم بابطاله، أو وجد، ثم انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء، فلا يكون لالتزام الكفيل محل، ومن ثم يقع باطلاً[2] [3].

(١) والنص مأخوذ عن المادة ٢٠١٥ مدني فرنسي ونصها على أن الكفالة لا تفترض، ويجب أن تكون صريحة، بينما ورد نص التقنين الكويتي اكثر تحديداً، فيجب أن يكون رضاء الكفيل صريحاً، وانظر سيملر وديلبك/ ص ٣٩/ بند٣١ - اعتباراً بأن التزام الكفيل شديد الخطورة.

(٢) أما مشروعية المحل، فمفروضه دائماً، وإلا كانت الكفالة باطلة بطلاناً مطلقاً، ولي نعرض لها. كما لا نعرض لعموميات محل العقد، اكتفاء بما سبق دراسته عن المحل في النظرية العامة للعقود.

(٣) ومن القضاء الفرنسي تقضي/ تجاري/ ١٧ نوفمبر ١٩٨٢ - بلتان مدني - ٤ - رقم ٣٥٧ - ونقض تجاري ١٢ فبراير ١٩٩١ الأسبوع القانوني /١٩٩١- ٢- ٢٠١ تعليق لوفنير.

وفي كل الحالات، فإن محل التزام الكفيل يجب أن يكون معيناً وهو أمر يختلف في الكفالة المطلقة، عن الكفالة المحددة[1].

- ومفاد ما تقدم أن تناول الالتزام المكفول ينصرف إلى شروطه بينما عرض التزام الكفيل، يتعلق به نطاق الكفالة.

٤٤ - وسوف نعرض بداية لشروط الالتزام المكفول - مطلب أول، ثم نطاق الكفالة في مطلب ثان.

المطلب الأول

شروط الالتزام المكفول

٤٥ - لا يقوم التزام الكفيل، ما لم يكن الالتزام المكفول موجوداً. ومع ذلك يجوز كفالة الالتزام المستقبل، إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل م٧٥٩/١ مدني. كذا، يجوز كفالة الالتزام الشرطي، اعمالاً للقواعد العامة. وبعكس ذلك لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي.

- ولا تكون الكفالة صحيحة، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً - م٧٥٠/١ مدني وعليه، لا يجوز كفالة الالتزام الباطل، وإن ورد مع ذلك حكم خاص لكفالة التزام ناقص الأهلية م٧٥٠/٢ مدني. وسوف نعرض لوجود الالتزام الأصلي، وصحته فيما يلي:

أولاً - يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً:

٤٦ - يجب أن يكون الالتزام المكفول موجوداً، ومع ذلك يجوز - أخذاً من القواعد العامة كفالة الالتزام الشرطي، كما تجوز كفالة

(١) ويخيل بشأنه إلى القواعد العامة.

الالتزام المستقبل إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل م٧٤٩/١ مدني بينما لا يجوز كفالة الالتزام الطبيعي على التفصيل الآتي:

١ ـ كفالة الالتزام المعلق على شرط:

٤٧ - لم يرد نص خاص بالتقنين الكويتي[1] يجيز كفالة الالتزام الشرطي. انما، طبقاً للقواعد العامة تجوز كفالة الدين الشرطي، سواء كان الدين المكفول معلقاً على شرط فاسخ، أو معلقاً على شرط واقف. وتطبيقاً لصفة التبعية في الكفالة، فإن كان الشرط المعلق عليه الالتزام المكفول، واقفاً تبعه التزام الكفيل في ذلك. فإن تحقق الشرط كان كل من الالتزام المكفول والتزام الكفيل نافذاً، وإن تخلف الشرط زال كل من الالتزامين معاً[2].

أما إذا كان الشرط المعلق عليه الالتزام المكفول فاسخاً، كان كل من الالتزامين نافذاً قبل تحقق الشرط أما إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن الالتزام المكفول ويتبعه في ذلك التزام الكفيل، يزول بأثر رجعي.

٢ ـ كفالة الالتزام المستقبل:

٤٨ - نصت م ٧٤٩ مدني على أنه تجوز كفالة الالتزام المستقبل، إذا حدد مقدماً مدى التزام الكفيل.

وإذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته، كان له في أي وقت أن يرجع عنها مادام الالتزام المكفول لم ينشأ على أن يخطر الدائن برجوعه في وقت مناسب[3].

(١) بخلاف نظيره المصري، بالمادة ١/٧٧٨ مدني - ولم يكن المشرع المصري بحاجة لهذا النص عند جمال زكي/ ص٦٦/ بند٣٧. وطبقاً للقواعد العامة يجوز أن يحدد أجل للكفالة

(٢) السنهوري/ ص٥١/ نناغو/ ص٤٧/ بند٢٣ - نبيل سعد/ ص٢٧٩/ بند ٢٦٥(ب) جمال زكي/ بند ٣٧ - منصور/ ص٣٧ وما بعدها.

(٣) ومن تطبيقات النص، تمييز ١٩٨٧/١١/١٦/ القضاء والقانون/ س١٥/ ديسمبر١٩٩٤/ ص١٤٦/رقم ٣٩.

- ومفاد النص، ارتباط الكفالة، بنشأة الالتزام مستقبلاً، بحيث إذا لم ينشأ الالتزام، أصبحت الكفالة بغير ذات موضوع. وقد قيد المشرع كفالة الدين المستقبل بقيدين الأول، لا يجوز كفالة الدين المستقبل إلا إذا حدد الطرفان مقدماً مدى الالتزام الكفيل والحكمة في ذلك حماية الكفيل الذي يجب أن يكون على بينة من الحد الأقصى الذي يكفله. فإن لم يحدد مدى التزام الكفيل مقدماً، فإن الكفالة، تقع باطلة بطلاناً مطلقاً[1].

- ويضرب الفقة مثالاً على ذلك، بكفالة الاعتماد البنكي لأحد العملاء، بمعنى أن البنك يفتح لعميل ما اعتماداً محدد القيمة، ويتعاقد في ذات الوقت مع شخص آخر على ضمان الوفاء بما يسحبه المدين«العميل» من هذا الاعتماد المفتوح. على ألا ينشأ دين العميل المذكور إلا من وقت السحب فعلاً. أما قبل ذلك فإنه لا يعدو ان يكون ديناً مستقبلاً، والكفالة توجد لضمان هذا الدين عندما ينشأ[2][3]. وكذا، إذا اتفق طرفان على عقد حساب جار بينهما جاز أن يقدم

(١) السنهوري/ ص٥٢، وما بعدها - والمذكرة الايضاحية تعليقاً على م٧٤٩ مدني/ ص٥٢٨.

(٢) السنهوري/ مرجع، وموضع سابقين عن مجموعة الأعمال التحضيرية/ جـ٥/ ص٤٥٧ بينما اختلف الفقه، بصدد ما إذا كان كفالة الدين المستقل، تعتبر عقداً معلقاً على شرط. فالبعض على أنها معلقة على شرط واقف هو وجود الالتزام في ذمة المدين منصور/ ص٣٦/بند١٧ - والبعض على أن التزام الكفيل بسيط، غير معلقعلى شرط إلا أنه نظراً لصفة التبعية في التزام الكفيل، فإن نشأة هذا الالتزام يتعلق بنشأة الالتزام الأصلي «المكفول» من هذا الرأي عبد الفتاح عبد الباقي/ ص٩٠/ بند٤٥ - بينما يرى البعض أن كفالة الالتزام المستقبل محض تطبيق لقاعدة مواداها، جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، م١٣١ مدني ومعنى ذلك أن محل التزام الكفيل ضمان دين مستقبل، ولذا، فإن عقد الكفالة يقع صحيحاً. ولكن تنفيذه يكون معلقاً على شرط واقف، هو وجود الالتزام المكفول مستقبلاً/ ص٤٦/ بند ٢١.

(٣) كما وردت الاشارة إلى كفالة الالتزام المستقبل بالمادتين ٦٣٥ - و٦٣٦ من قانون التجارة في شأن الضمانات العينية، والشخصية التي يقدمها المعتمد له ضماناً لفتح الاعتماد.

أحدهما كفيلاً للرصيد الذي سيصبح مستحقاً عليه عند اقفال الحساب.

٤٩ - أما القيد الثاني، فقد ورد النص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٧٤٩ مدني ومؤداه، حق الكفيل الرجوع في أي وقت في كفالته، إذا لم يتعين مدة الكفالة. والحكمة من ذلك ألا يظل الكفيل ملتزماً بكفالة الدين المستقبل إلى الأبد. خصوصاً، وأن الالتزام المكفول لم ينشأ، انما يجب على الكفيل، في هذه الحالة أن يخطر الدائن برجوعه قبل نشوء الالتزام المكفول وإلا فإنه يظل ملتزماً بالكفالة. وتفسير ذلك، أن حق الكفيل في الرجوع إذا لم يتحدد مدة الكفالة، تقرر حماية له، فوجب لكي يستفيد من الحماية المقررة ألا يكون مقصراً، بما يضر بالدائن وليس أدل على ذلك من عبارة النص «التي توجب عليه، إخطار الدائن في وقت مناسب[1].

- أما إذا قام الكفيل، باخطار الدائن، وبرجوعه في وقت مناسب «قبل نشوء الالتزام المكفول» كله، أو بعضه، فلا يكون بعد ذلك ضامناً لما ينشأ من دين في المستقبل وإذا أخطر الدائن، انما بعد أن نشأ جزء من الدين، كان الكفيل غير ضامن إلا لهذا الجزء فقط، أي دون غيره مما قد ينشأ في المستقبل[2]. فإن نشأ الالتزام المكفول كله، من دون إخطار الكفيل للدائن، أو قبل الاخطار، لم يكن للكفيل أن يتحلل من التزامه بضمان الدين بالكامل.

وجوب

(١) ولم يرد بالقانون المصري، النص على وجود الاخطار، فاختلف الفقه- فالبعض على أنه وجوبي، رغم عدم النص، عبد الفتاح عبد الباقي/ ص٨٤ - وقرب تناغو/ ص ٤٧/ بند ٢١، وإن لم يصرح بالوجوب - وجمال زكي /ص٦٦/ بند ٣٦ والبعض على أنه غير لازم/ رمضان أبو السعود/ ص٨٤ - من دون ذكر الحجج.

(٢) تناغو/ ص٤٦/ بند٢١.

– وإعمالاً لما ورد بالفقرة الثانية من المادة ٧٤٩ مدني، إذا لم يعين الكفيل مدة لكفالته، أمكن له الرجوع فيها. وحق الكفيل في الرجوع، قبل نشوء الدين، إذا لم يعين مدة الكفالة، هو محض تطبيق لقاعدة عامة مؤداها، أنه يجوز لأي من المتعاقدين في العقود غير المحددة المدة، انهاء العقد، بارادته[1] شريطة اخطار المتعاقد الآخر. والكفالة غير محددة المدة لا تخرج عن كونها محض تطبيق لهذه القاعدة[2].

– وعلى عكس ذلك إذا كانت مدة الكفالة محددة، فلا يجوز للكفيل الرجوع فيها، قبل انقضاء المدة. فإن نشأ الدين خلالها، التزم به الكفيل كضامن[3] وإن لم ينشأ، برئت ذمة الكفيل، لأنه لا يضمن إلا ما ينشأ من الدين خلال المدة المحددة للكفالة[4].

٣ ـ كفالة الالتزام الطبيعي:

٥٠ – يقوم الالتزام الطبيعي على عنصر المديونية، دون المسئولية، أي لا يمكن إجبار المدين بالتزام طبيعي على التنفيذ م٢٨٠/٢ مدني بينما تقوم الكفالة، على التزام أصلي، يجبر المدين على الوفاء به، لذا يجمع الفقه على عدم جواز كفالة الالتزام الطبيعي والقول بغير ذلك، يعني أن التزام الكفيل أشد من الالتزام الأصلي «المكفول» وهو ما لم يقل به أحد. فلا يمكن أن يكون التزام الكفيل مدنياً، والتزام المدين طبيعياً.

---

(١) ومن تطبيقات القاعدة في عقد الايجار غير محدد المدة – انظر تفصيلاً أحمد الزقرد، وفايز الكندري/ عقد ايجار العقارات/ ١٩٩٩/ الكويت /ص٧١.

(٢) وانظر مرقس/ ص٥٠/ بند ٢٩.

(٣) بشرط لا تجاوز هذه الالتزامات الحد الاقصى المتفق على كفالته – تميز ١٣/ ٥/ ١٩٨٧. المجموعة / يونيه ١٩٩٦/ ص٦٠/ رقم ٧– وتمييز/ ١٦/١١/١٩٨٧/ المجموعة/ مرجع سابق/ رقم٨.

(٤) تناغو/ ص٤٧/ بند٢١.

- أما إذا كفل الكفيل التزاماً مدنياً، ثم تحول الالتزام المدني، إلى التزام طبيعي، فإنه أخذاً من صفة التبعية، يتحول التزام الكفيل إلى التزام طبيعي. وفي هذا الفرض إذا وفى الكفيل بالدين، فلا يحق له قانوناً، استرداد ما وفاه بالرجوع على المدين الأصلي. لأن الوفاء التزام طبيعي لا يعتبر دفعاً لغير المستحق م٢٨٢ مدني.

- أما إذا قدم المدين في التزام طبيعي كفالة إلى الدائن، فإن ذلك قد يحمل منه على أنه يريد التحمل بالتزام مدني، أي يتحول التزامه من التزام طبيعي إلى التزام مدني، وعندها تكون الكفالة جائزة، لأنها كفالة لالتزام مدني، اعمالاً لقاعدة، أن الالتزام الطبيعي، يصلح سبباً لالتزام مدني م٢٨٣ مدني[1].

ثانياً : يشترط أن يكون الالتزام المكفول صحيحاً:

٥٤ - إعمالاً لما ورد بالفقرة الأولى من المادة ٧٥٠ مدني، فإن الكفالة لا تكون صحيحة، إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً. وتفسير ذلك - فيما قدمنا - إن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، والأول لا يكون صحيحاً إلا إذا استند إلى التزام أصلي «الالتزام المكفول» صحيح يدعمه، ويضمن الوفاء به[2].

ويلاحظ بأن المشرع لا يتطلب في الالتزام المكفول سوى أن يكون صحيحاً، وبذا، لا يشترط في الالتزام المكفول أي شروط تتعلق

---

(١) وإعمالاً لنص م٢٠٢ المقابلة في القانون المصري منصور/ ص٣٩ ومابعدها - تناغو/ ص٤٩.

(٢) العبارة حرفياً عن تناغو/ ص٣٩/ بند١٨.

بمصدره[1] ولا بمحله[2].

– وتطبيقاً لذلك، يجوز كفالة الكفيل نفسه، ويسمى الكفيل في الكفالة الجديدة، كفيل الكفيل، أو المصدق. ونص المشرع على أن الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً للكفيل، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة إليه م ٧٦٥ مدني وفي هذا الفرض، لا يكون للدائن – فيما سنرى حالاً – الرجوع على كفيل الكفيل من قبل رجوعه على الكفيل، ويستثنى من ذلك أن يكون كفيل الكفيل متضامناً مع الكفيل. فيكون الرجوع في هذه الحالة، إعمالاً لمبادئ التضامن لا الكفالة.

٥٥ – فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً، أو قابلاً للإبطال، كان التزام الكفيل بدوره باطلاً، أو قابلاً للإبطال، أي يبطل الالتزام الأصلي ويصح بإجازته[3]. كمحض تطبيق للتبعية التي تعد من خصائص الكفالة الأساسية.

وتفسير ذلك أن العقد القابل للابطال، كالعقد الصحيح إلى أن يحكم بابطاله وكالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد الحكم بابطاله. فإذا ما أصبح العقد الأصلي صحيحاً عن طريق إجازته، فإن التزام الكفيل يصبح كذلك صحيحاً نهائياً. أما إذا طلب المدين ابطال العقد الأصلي، وقضى له به فإن التزام الكفيل ينقضي تطبيقاً لخاصية التبعية التي

---

(١) فيمكن أن يكون مصدرة العقد، أو الارادة المنفردة أو الفعل غير المشروع أو الاثراء بلا سبب.

(٢) فيمكن أن يكون محله عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أو إعطاء – المذكرة الايضاحية تعليقاً على نص المادة ٧٥٠ مدني/ ص٥٣٩.

(٣) توفيق فرج/ ص٣١/ بند٢٩.

تجيز التزام الكفيل [1] بأثر رجعي شأنه في ذلك شأن الالتزام المكفول. ومع ذلك يثور التساؤل في الفرض الذي تقوم فيه الكفالة قابلة للابطال ولم يطلب المدين البطلان. هل يكون للكفيل ذلك؟

الواقع، أن للكفيل أخذاً من المادة ١/٧٥٤ مدني أن يتمسك بجميع الأوجه التي يجنح بها المدين. بما في ذلك قيام الكفيل بطلب ابطال الالتزام الأصلي بوصفه دفعاً خاصاً بالمدين نفسه[2] على أنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص أهليه الأخير في مواجهة طلب المدين ابطال العقد لنقص أهليته ففي هذه الحالة لا يكون للكفيل أن يطلب إبطال العقد استناداً لهذا السبب.

كفالة التزام ناقص الأهلية:

٥٦ - وقد نص المشرع على حكم خاص بكفالة التزام ناقص الأهلية، فنصت المادة ٢/٧٥٠ مدني على أنه كانت الكفالة، بسبب نقص أهلية المدين وابطل التزامه، التزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الالتزام المكفول باعتباره مديناً أصلياً[3]. وهذا النص يفترض لتطبيقه بداية أن يكون الالتزام المكفول خاصاً بناقص الأهلية، فلا يسري حكم المادة السابقة على الالتزام المكفول المتعلق بعديم الأهلية. وهو أمر بديهي، لأن التزام عديم الأهلية باطل وبذا، تقع كفالة، باطله بطلاناً مطلقاً Nule et nul effet.

---

(١) المذكرة الايضاحية تعليقاً على نص م٧٥٠/ ص ٥٣٨.

(٢) فضلاً عن حق الكفيل في التمسك بالدفوع الخاصة به هو - وقرب / تناغو/ ص٤١/ بند١٩.

(٢) وهذا الحكم يكمله ما ورد بالمادة ٢/٧٥٤، بأنه ليس للكفيل أن يتمسك بنقص أهلية المدين، إذا كانت الكفالة بسبب ذلك- انظر سابقاً/ ص/ بند وفي حمل هذا النص على سابقة في تعزيز حكم كفالة ناقص الأهلية/ تناغو/ ص٤٠ بند ١٩ - وتوفيق فرج/ص٣١/ بند ٢٩.

- كما يشترط أن تكون الكفالة بسبب نقص الأهلية، أي أن الكفيل والدائن يعلمان بنقص أهلية، ويقصدان تأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص أهليته لابطال العقد وطبقاً لمحكمة التمييز، يتعين أن يكون الغرض من الكفالة ليس مجرد ضمان الوفاء بالالتزام المكفول إذا لم يوف به المدين بل أيضاً تغطية نقص أهلية المدين[1].

والمهم، أنه إذا تحققت الشرائط السابقة، فإن الكفيل يلتزم بالوفاء بالدين، إذا تمسك المدين بنقص أهليته، وحصل على حكم بابطال التزامه أي أن الكفيل يظل ملزماً بالوفاء برغم إنقضاء الالتزام الأصلي. وهو يلتزم في هذه الحالة بالتزام أصلي، وليس باعتباره كفيلاً. وقد اختلف الفقة في تفسير هذا الحكم. فالبعض[2] على أن العقد - في الفرض المطروح - مركب من عقدين، كفالة، وتعهد عن الغير. فالعقد ينشأ في الأصل، كفالة وآية ذلك، أن المدين، إذا لم يطلب ابطال التزامه بسبب نقص أهليته يظل التزامه قائماً، وتبعاً له، يظل التزام الكفيل قائماً. ونتيجة ذلك، إذا امتنع المدين عن الوفاء، وفى الكفيل عنه.

أما العقد الثاني، فهو التعهد عن الغير، وينشأ في حالة تمسك المدين بابطال التزامه، بما يؤدي بالتبعية إلى ابطال التزام الكفيل. فإن التزم الكفيل بعدم حمل المدين على التمسك بالبطلان لنقص أهليته، ولم يفلح في ذلك، فإنه يكون قد أخل بتعهد عن الغير، فيلتزم

(١) انظر تمييز ٣١/ ٦/ ١٩٨٦/ المجموعة / يونيه ١٩٩٦/ ص٥٨/ رقم ٤ وتقدير ثبوت علم الكفيل نقض أهليه المدين المكفول وبأن الكفالة كانت بسبب نقص الأهلية - مما تستقل به محكمة الموضوع.

(٢) منصور/ ص٣٤/عبد الفتاح عبد الباقي/ ص٨٢ - وتوفيق فرج/ ص٣٢ وبعدها الذي اقترب ضمناً من هذا الرأي - وتناغو/ ص٤٣/ بند ١٩.

بالتعويض في مواجهة الدائن، وخير تعويض في هذه الحالة، هو حمله على الوفاء بالدين. أي تنفيذ التزام المدين. بينما يتجه البعض[1] إلى تفسير حكم التزام الكفيل، برغم انقضاء الالتزام المكفول لنقص الأهلية بنظريه تحول العقد علي سند من القول بأن إبطال الالتزام المكفول لنقص الأهلية يتحول به عقد الكفالة الباطل، إلى تعهد شخصي بوفاء دين يعادل الدين الباطل.

المطلب الثاني
نطـاق الكفالـــة

٥١ - إذا كان التزام الكفيل، يتبع الالتزام المكفول في وجوده، فإن نطاق الكفالة بعد قيامها، يتحدد على مقتضى الالتزام المكفول، فيكون تعيين التزام الكفيل مرتبطاً بتعيين الالتزام الأصلي. فعقد الكفالة، يحدد مدى التزام الكفيل، من حيث موضوعه، وأطرافه، ومدته، واوصافه، كما أن الالتزام المكفول يحدد مدى الالتزام الكفيل ونفضل ذلك على النحو الآتي:

أولاً، عقد الكفالة، يحدد مدى التزام الكفيل:

٥٢ - يتحدد التزام الكفيل من حيث موضوعه، بعقد الكفالة. فإذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، فلا يسأل إلا عن هذا الجزء، ولا يسأل عن الجزء الباقي. وإذا كفل الكفيل فتح اعتماد في حدود مبلغ معين، لم يكون ملزماً بضمان ما تجاوز حدود هذا المبلغ.

---

(١) ولم يقل بذلك فيما تعلم سوى سليمان مرقس/ ص٤٠/ بند١٨ بينما اتجه السنهوري إلى أن الكفيل مدين أصلي تحت شرط واقف، هو عدم قيام المدين الأصلي بتنفيذ الالتزام - ص٤٩/ وبعدها.

- والحكم الوارد بالمادة ٧٥٤ مدني، أو المادة ٢١٧٥ مدني، يمكن أن ينصرف كذلك إلى صور البطلان النسبي الآخرى، إنما بنفس الشرائط الواردة --- .

- كما أن الكفالة لا يجوز أن تتعدى شخص المدين «المكفول» ويترتب على ذلك أنه إذا جدد الدين المكفول، بتغير شخص المدين، فان الكفيل لا يضمن المدين الجديد إلا إذا رضي بذلك.

وإذا تمت حواله الدين المكفول إلى شخص غير المدين الأصلي، فإن الكفيل في الأصل. لا يضمن المدين الجديد، إلا إذا رضي بذلك، باتفاق جديد.

- كما أن عند الكفالة، يحدد مدى التزام الكفيل من حيث مدته، ومعنى ذلك أن الكفالة محددة المدة، لا يتجاوزها التزام الكفيل المدة المحددة. كما هو الشأن في الالتزام المستقبل، لمدة معينة.

ثانياً - الالتزام الأصلي يحدد مدى التزام الكفيل:

٥٣ - ومفاد ذلك، أن التزام الكفيل لا يجوز أن يتجاوز حدود الالتزام الأصلي ولذا نصت م ٧٥٢ مدني على أنه، لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول، ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل، وبشروط أهون. فيما رأيناه آنفاً[1].

---

(١) سابقاً/ ص٢١/ بند٢٢.

الفصل الثاني
آثار الكفالة

٥٧ - الكفالة على ما قدمنا، عقد بين الدائن والكفيل، يستفيد المدين منها بدون أن يكون مستفيداً من تعهد الغير، ولامشترطاً لصالحه في اشتراط لمصلحة الغير. وعليه، تتحدد آثار الكفالة أصلاً في العلاقة بين الدائن، والكفيل. إلا أن تنفيذ الكفالة، يرتب علاقة أخرى بين المدين والكفيل كذا، فقد يتعدد المدينون الأصليون، متضامنين، أو غير متضامنين، وقد يتعدد الكفلاء متضامنين أو غير متضامنين، وعليه تتحدد آثار الكفالة في علاقات ثلاثية أبعد من مجرد العقد هي العلاقة بين الكفيل، والدائن، ثم العلاقة بين الكفيل، والمدين، وأخيراً العلاقة بين الكفيل، وبين غيره من الكفلاء.

٥٨ - وسوف نخصص من دراستنا مبحثاً مستقلاً لكل من هذه العلاقات الثلاث.

المبحث الأول

العلاقة بين الدائن، والكفيل

٥٩ - تتحدد العلاقة بين الدائن والكفيل بالنظر إلى أن التزام الكفيل تابع الالتزام المكفول، وعليه فلا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل قبل مطالبة المدين الأصلي، وتخلفه عن الوفاء. م ٧٦٠ مدني[١].

فاذا رجع الدائن على الكفيل أولاً كان للأخير دفع الدعوى بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين الأصلي. ما لم يكن حق الدائن في الرجوع على الكفيل قد انقضى. كذا، لا يجوز للدائن، أن ينفذ على أموال الكفيل، قبل أن يجرد المدين من أمواله[٢].

- وأخيراً لا يجوز للدائن، إذا تعدد الكفلاء، وكانوا جميعاً قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد ولم يبين في عقد الكفالة مقدار كل منهم من الدين أن يرجع على أي واحد منهم بكل الدين وإلا جاز للكفيل الدفع بالتقسيم.

ومجمل ما تقدم أن للكفيل ثلاثة دفوع قبل الدائن هي الدفع بالرجوع والدفع بالتجريد، والدفع بالتقسيم، والأول عند مطالبة الدائن للكفيل والثاني عند التنفيذ على أموال المدين. والثالث، عند تعدد الكفلاء، على افتراض توافر الشرائط الأخرى.

---

(١) فإن كان الكفيل متضامناً مع المدين، لا يكون له على ما سنرى أن يدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين، ولا أن يطلب تجريد المدين من أمواله وهذه صورة خاصة من الكفالة، تسمى الكفالة التضامنية - سيملر وديلبك/ ص ١٠٥/ بند ١١٠ .

(٢) سيملر وديلبك/ ص ١٠٦/ بند ١١١.

- ومن ناحية أخرى فإن حق الدائن في الرجوع على الكفيل ينقضي بانقضاء التزام الكفيل، إما لاسباب الانقضاء طبقا للقواعد العامة[1] أو لأسباب الانقضاء المنصوص عليها في عقد الكفالة.

٦٠ - وتبعاً لذلك نوزع الدراسة على مطلبين: الأول، في دفوع الكفيل قبل الدائن، والثاني في انقضاء التزام الكفيل.

المطلب الأول
دفوع الكفيل قبل الدائن

- ذكرنا بأن للكفيل أن يدفع بالرجوع، أو التجريد، أو التقسيم، ولكل شرائطه، وآثاره، فيما نعرض له على النحو الآتي.

الفرع الأول
الدفع بالرجوع

- نص قانوني، وتقسيم:

٦١ - تنص م ٧٦٠ مدني على أنه «يجب على الدائن، إذا لم يرفع الدعوى على كل من المدين، والكفيل في وقت واحد أن يرجع أولاً على المدين.

فإن رجع على الكفيل أولاً، كان للكفيل دفع ذلك بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين.

---

(١) كالوفاء، والوفاء بمقابل، والتجديد والانابة ، تلمقاضة، واتحاد الذمة، والإبراء والتقادم، واستحالة التنفيذ - ولن نعرض لها.

ومعنى ذلك أنه إذا رجع الدائن على الكفيل أولاً، كان للكفيل دفع ذلك بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين. ولا يمكن فهم الدفع بالرجوع مستقلاً على خاصية التبعية التي تميز الكفالة عن غيرها من التأمينات[1].

٦٢ - وسوف نعرض بداية لمعني الرجوع، وشروطه.

المحور الأول : المقصود بالرجوع:

٦٣ - لم يبين المشرع الكويتي ، كنظيرة المصري ماهية الرجوع[2] وفيما يراه، أغلب الفقه أن الرجوع الوارد بالنص، هو المطالبة القضائية. وتفريعاً على ذلك لا يكفي اعذار المدين بالوفاء، بل يجب على الدائن رفع الدعوى القضائية أولاً على المدين، ليجوز له بعد ذلك الرجوع على الكفيل. ويحل محل المطالبة القضائية التنبيه بالوفاء، إذا كان لدى الدائن سند رسمي قابل للتنفيذ ضد المدين.

كذا، يعتبر رجوعاً، يحق بعده للدائن، مطالبة الكفيل، تقدم الدائن في تفليسة المدين، إذا كان قد أفلس، وامتنع على الدائن اتخاذ اجراءات فردية قبله[3]، فإذا لم تتوافر حالة من الحالات السابقة، ورجع الدائن أولاً على الكفيل كان للأخير دفع المطالبة بوجوب رجوع الدائن أولاً على المدين الأصلي.

---

١) انظر م ٧٨٨ مدني مصري المقابلة للمادة ٧٦٠ مدني كويتي - ونصها: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.

(٢) فإن كانت الكفالة تجارية، لا يشترط لرجوع الدائن على الكفيل مطالبة المدين أولاً يكون بالخيار بين مطالبة أيهما، أو مطالبتهما معاً - م٩٩ من القانون التجاري/ وتمييز ١٩٩٠/٦/٤/ المجموعة / يونية ١٩٩٦/ ص٦٢/ رقم ١٣.

(٣) تفصيلاً، مرقس/ ص٥٩/ منصور / ص٥٥/ السنهوري، والفقي/ ص١٠٥، وبعدها تناغو/ ص٦٣/ بند٢٨.

والدفع، بوجوب الرجوع أولاً على المدين، ليس دفعاً موضوعياً، لأنه لا يتعلق بوجود، ولا بانقضاء حق الدائن قبل الكفيل، كذا فإنه لا يعتبر دفعاً شكلياً، لأن الأخيرة واردة في القانون على سبيل الحصر. ولذا، فالراجح أنه دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل استيفاء احد الاجراءات الضرورية[1].

- ويجوز للكفيل، الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين، في أية حالة كانت عليها الدعوى، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. إنما لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالدفع من تلقاء نفسها[2] لأنه لا يتعلق بالنظام العام وانما بمصلحة خاصة للكفيل.

المحور الثاني شروط الدفع بالرجوع:

٦٤ - وأخذاً من القواعد العامة محمولة على أحكام الكفالة، لا يجوز للكفيل التمسك بالدفع بالرجوع إلا إذا توافرت الشرائط الآتية:

الأول: ان يكون للكفيل مصلحة في التمسك بهذا الدفع:

٦٥ - فالقاعدة أنه لا دعوى ولا دفع بلا مصلحة فإذا لم يكن ثمة مصلحة للكفيل في الدفع بالرجوع، أو وجدت مصلحة، انقضت، لم يكن لكفيل التمسك في الدفع بالرجوع، من ذلك مثلاً أن يكون المدين الأصلي معسراً فعندها لا فائدة من الرجوع عليه أولاً. وتقدير توافر المصلحة، متروك أمرها لمحكمة الموضوع.

---

(١) قرب، تناغو/ مرجع وموضع سابقين - السنهوري والفقي/ ص ١٠٤ مرقس/ ص٦٧/ منصور/ ص٥٥.

(٢) في هذا المعنى السنهوري والفقي/ ص١٠٤- تناغو/ ص٦٦/ بند ٢٨/ منصور/ ص٥٧ وعكسه/ مرقس / ص ٦٨.

الثاني: ألا يكون الكفيل متضامناً مع المدين

٦٦ - إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين، فلا يجوز له الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين[1] فإعمالاً لأحكام التضامن، يجوز للدائن مطالبة أي من المدينين المتضامنين. وقد طبق المشرع نفسه هذه المسألة، في الرجوع على كفيل الكفيل.

- فاخذاً من نص م٧٦٥ مدني فإن الكفيل الذي يكفل الكفيل، يعتبر في علاقته بالدائن كفيلاً. وفي علاقته بالكفيل، كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة إليه.

وبما أن الكفيل يعتبر في مركز المدين بالنسبة لكفيل الكفيل. فإن عدم جواز رجوع الدائن على كفيل قبل رجوعه على الكفيل يتساوى تماماً وعدم جواز رجوع الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين. وإذا كان من الجائز رجوع الدائن أولاً على كفيل الكفيل إذا كان متضامناً مع الكفيل - م٧٦٥ مدني فيجوز كذلك - قياساً - للدائن الرجوع أولاً على الكفيل المتضامن دون أن يتمسك الأخير بالدفع بوجوب الرجوع على المدين.

وتفسير ذلك أن الكفيل المتضامن، ليس مديناً احتياطياً كالكفيل غير المتضامن وعليه، لا يجوز له التمسك بالدفع بالرجوع أولاً على المدين. ومع ذلك، فالتضامن في الكفالة لا يسقط عن الكفيل المتضامن صفة التبعية تماماً، فمازال يحتفظ لنفسه ببعض آثارها. وآية ذلك ما نصت عليه م ٧٦٧ مدني، من أنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع تتعلق بالدين، أي التي تؤدي إلى سقوط التزامه، ومن ذلك - على ما سنرى حالاً - الدفع باضاعة

---

(١) وسوف نرى أن ذلك ينطبق أيضاً على الدفع بالتجريد.

الدائن التأمينات الأخرى التي تضمن الدين، ... أو عدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين، بعد انذار الكفيل المتضامن له بضرورة اتخاذها...[1].

الثالث: الا يكون الكفيل قد نزل عن الحق في التمسك بالدفع بالرجوع:

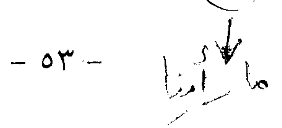
٦٧ – وتفسير ذلك، فيما قدمنا – أن الدفع بالرجوع أولاً على المدين، قد تقرر لمصلحة خاصة بالكفيل. فهو لا يتعلق بالنظام العام. وعليه يجوز للكفيل أن ينزل عن حق الدفع بالرجوع صراحة، أو ضمناً. فيستوي في ذلك أن يكون النزول وقت ابرام الكفالة بينه وبين الدائن، أو حتى بعد انعقادها.

فإذا رجع الدائن على الكفيل أولاً، يرغم توافر الشرائط السابقة، كان للكفيل الدفع بوجوب الرجوع أولاً على المدين. فإن حكمت له المحكمة بعدم قبول الدعوى. فليس معنى ذلك ضياع حقوق الدائن. فقد قدمنا بأن الدفع بعدم القبول لا يمس حق الدائن من حيث الموضوع. وبذا يكون له تصحيح اجراءات الرجوع بمطالبة المدين الأصلي أولاً، أو بالرجوع على المدين، والكفيل في نفس الوقت.

٦٨ – وبافتراض نجاح الدائن، أما لأنه قد التزم بالترتيب في الرجوع من البداية، أو كان قد رفع المطالبة القضائية أولاً على الكفيل، فدفع الأخير بضرورة الرجوع أولاً على المدين الأصلي. فاعاد الدائن تصحيح اجراءات الرجوع. فإنه يحصل على سند قابل للتنفيذ، لكنه لا يستطيع مع ذلك التنفيذ على أموال الكفيل مباشرة، إلا بعد تجريده

---

(١) ولذا، فإن الكفيل المتضامن، أبعد في التزاماته من مجرد الكفيل العادي، وأقل من المدين المتضامن في التضامن السلبي – وفي كل الحالات لا يمكن أن يكون التزام الكفيل، حتى وإن كان متضامناً مع المدين، ابعد مدى، أو أوسع نطاقاً من الالتزام المكفول. وإلا لوجب انقاصه، أو انتقاصه. على ما رزينا آنفاً/ ص٢١/ بند ٢٢.



للمدين من أمواله... وهذا هو الدفع بالتجريد Bénéfice de discussion.

الفرع الثاني : الدفع بالتجريد

تمهيد وتقسيم: -

٦٩ - ذكرنا أنه إذا حصل الدائن على سند قابل للتنفيذ على أموال الكفيل فلا يجوز له مع ذلك التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريدة المدين من أمواله. وعليه، فإذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل أولاً، كان للأخير أن يتمسك بالدفع بالتجريد. وقد يتم ذلك عن طريق الاشكال في التنفيذ أو عن طريق الاعتراض على الاعلان عن البيع عند التنفيذ على العقار. والواقع أن الدفع بالتجريد يقوم على اعتبارات من العدل، والملائمة. فالكفيل كما قدمنا ضامن لالتزام المدين الأصلي، وهو بعكس المدين، لا مصلحة له في قضاء الدين وليس من العدل، والحال هكذا، أن يرى أمواله تنزع من تحت يديه، بينما أموال المدين باقية في ذمته خصوصاً إذا كان في أموال المدين ما يكفي للوفاء بديونه.

وحتى إذا سلمنا جدلاً، بحق الدائن، التنفيذ على أموال الكفيل أولاً. فسوف يترتب على ذلك أن الكفيل يرجع فيما بعد على المدين، بما دفعه عنه، بما في ذلك التنفيذ على أموال المدين، ونزع ملكيتها. ومن الملاءم من البداية، اختصاراً للوقت، والجهد والنفقات أن يقوم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين، قبل التنفيذ على أموال الكفيل. خصوصاً، وأن الدائن لن يضار من ذلك. فالهدف «إن يحصل على حقه سواء جاءه ذلك عن طريق التنفيذ على المدين، أو بالتنفيذ على الكفيل[1].

---

(١) سيملر وديلبك/ ص١٢٣/ بند ١٣٠ - والمادة ٢٠٢٤ مدني فرنسي.

- وعلى أية حال، فقد نص المشرع الكويتي على الدفع بالتجريد في المواد من ٧٦٠ إلى ٧٦٣ من القانون المدني. حددت المادة ٧٦١ شروط الدفع بالتجريد، وبينت المادة ٧٦٢ آثار هذا الدفع، بينما عرضت م ٨٦٣ لصورة خاصة للدفع بالتجريد.

٧٠ - وسوف نعرض بداية لشروط الدفع بالتجريد ثم آثارة - وأخيراً صورة خاصة للدفع بالتجريد - وذلك على التفصيل الآتي:

المحور الأول : شروط الدفع بالتجريد:

٧١ - بعد أن نصت الفقرة الأولى من م٧٦٠ على أنه لا يجوز للدائن أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله تابعت تقول بأن هذا الدفع غير جائز إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين. فدل ذلك على أنه يشترط أن يكون الكفيل غير متضامن.

كما بين المشرع بأن الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام. فنصت الفقرة الثانية من النص المذكور، بأنه يجب على الكفيل أن يتمسك بالدفع بالتجريد وهذا هو الشرط الثاني.

وأخذاً من نص م ١/٩٩١ مدني، فإن الدفع بالتجريد لا يكون إلا للكفيل الشخصي فلا يتمسك به الكفيل العيني.

وبذا، فإن التمسك بالدفع بالتجريد، يقتصر على الكفيل الشخصي، غير المتضامن مع المدين، إذا تمسك بحقه في الدفع بتجريد المدين أولاً.

ونفصل ذلك - على النحو الآتي بيانه:

أولاً - يشترط بداية أن يكون الكفيل شخصياً لا عينياً:

٧٢ - وتفسير ذلك أن الكفيل العيني بعكس الكفيل الشخصي، لا يسأل عن الدين الذي ضمنه إلا في حدود المال الذي رهنه. بينما يرد حق الدائن بالنسبة للكفيل الشخصي على الضمان العام للكفيل.

وأخذاً من نص م ٢٠٧ مدني. فإن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وبذا، يجوز للدائن التنفيذ على أي مال من أموال الكفيل إذا توافرت الشرائط الأخرى.

ولما كان مركز الكفيل العيني - فيما ذكرنا - أقرب إلى الراهن منه إلى الكفالة. فلا يجوز له الدفع بالتجريد. وهو ما ورد النص عليه بالمادة ١/٩٩١ مدني، إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك... وهذا النص ورد متعلقاً بالرهن الرسمي، إلا أنه ينطبق فيما سنرى، على الرهن الحيازي[1].

ثانياً : أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين:

٧٣ - لا يجوز الدفع بالتجريد إذا كان الكفيل متضامناً مع المدين. وقد ورد النص على ذلك بالمادة ١/٧٦٠ من القانون المدني التي خولت الكفيل الحق في الدفع بالرجوع أولاً على المدين، وحق الدفع بتجريد المدين من أمواله.

وتابعت تقول.. وذلك كله ما لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين. فدل ذلك على قصر الدفع بالتجريد على الكفيل غير المتضامن.

---

(١) قرب في القانون المصري/ تناغو/ ص٦٩/ بند٣٠.

والحكمة من قصر الدفع بالرجوع، أو في الدفع بالتجريد على الكفيل غير المتضامن. أن معنى ومغزى التضامن لا يتحقق في الواقع إلا إذا خول الدائن الرجوع على أي مدين، والتنفيذ على أموال أي من المدينين المتعددين. والقول بغير ذلك، معناة أن يكون الكفيل المتضامن، كالكفيل غير المتضامن بما يمس فكرة التضامن ذاتها عند تعدد المدينين.

ونلفت النظر، إلى أن المقصود من التضامن، المانع من الدفع بالتجريد، هو التضامن بين الكفيل، والمدين الأصلي. أما التضامن بين الكفلاء، إن تعددوا فلا يمنع أحدهم من التمسك بتجريد المدين فآثار التضامن بين الكفلاء – على ما سنرى حالاً تقتصر عدم تقسيم الدين في رجوع الدائن على أي منهم.

وأخذاً من نص م٧٦٥ مدني، المتعلقة بكفيل الكفيل، فإن الكفيل يعتبر بالنسبة لكفيله مديناً أصلياً. كذا فإن كفيل الكفيل بالنسبة إلى الكفيل الأصلي كفيلاً، وعليه تسري في العلاقة بينه وبين الدائن أحكام الكفالة[1]. فإذا كان كفيل الكفيل غير متضامن مع الكفيل جاز له أن يدفع بتجريد المدين الأصلي ثم بتجريد الكفيل[1].

– ولما كان الدفع بالتجريد حقاً للكفيل غير المتضامن، وحدة، يجوز له التمسك به، ما لم يكن قد نزل عن حقه في الدفع بالتجريد والتنازل عن الدفع بالتجريد شأنه شأن التنازل عن الحق، قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً. وقت ابرام الكفالة، أو بعد ذلك.

---

(١) وله العديد من الحقوق الأخرى التي لا تخرج عن كونها استعمالاً لحقوق المدين في الدعوى غير المباشرة.

ثالثاً - يجب على الكفيل التمسك بحقه في الدفع بالتجريد:

٧٤ - سبق أن رأينا أن الدفع بالتجريد لا يتعلق بالنظام العام، وعليه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها - م٧٦٠/٢ مدني. إنما يثور التساؤل، بصدد الوقت الذي يجوز فيه للكفيل التمسك بالدفع؟.

أجابت المذكرة الايضاحية تعليقاً على م٧٦٠ مدني على ذلك بقولها أنه يجب على الكفيل أن يتمسك بحقه في التجريد عند شروع الدائن في التنفيذ على أمواله، سواء عن طريق الاشكال في التنفيذ، أو عن طريق الاعتراض على الاعلان عن البيع عند التنفيذ على العقار. ويظل له هذا الحق، يبديه في أي وقت مناسب إلى أن يتم التنفيذ ما لم ينزل عنه صراحة أو ضمناً[1] وتأييداً لما ورد بالمذكرة الايضاحية فقد أشرنا آنفاً أن رجوع الدائن على الكفيل يمر بمرحلتين. لكل مرحلة بحسب الأصل دفع خاص بها. المرحلة الأولى، هي مرحلة التقاضي، والدفع الخاص بها، عدم قبول الدعوى لرفعها على الكفيل أولاً وهذا الدفع كما أشرنا يجوز للكفيل التمسك به في أية مرحلة من مراحل التقاضي. وتفريعاً على ذلك، إذا انتهت مرحلة التقاضي، وصدر حكم نهائي غير قابل للطعن فيه، لا يكون للكفيل الدفع بعدم القبول في مرحلة التنفيذ. فلكل مرحلة دفعها الخاص بها.

٧٥ - أما المرحلة الثانية، فهي مرحلة التنفيذ، والدفع المتعلق بها هو الدفع بالتجريد وعليه، فإن الوقت المناسب للتمسك به هو وقت الشروع في التنفيذ. فإن لم يتمسك به الكفيل، في المرحلة الأولى، فليس معنى ذلك سقوط حق الكفيل في التمسك به بشرط أن يبديه

---

(١) المذكرة الايضاحية/ تعليقاً على نص م ٧٦٠/ ص ٥٤٣/ ص٥٤٤.

في وقت مناسب أي الا يتأخر إلى درجة، يمكن أن يستدل منها عن تنازل التمسك بهذا الدفع. ولذا أوجبت المذكرة الايضاحية على الكفيل أن يبدي دفعه بالتجريد - في أي وقت مناسب وعلى أية حال، فتقدير الوقت المناسب للتمسك بالدفع بالتجريد في مرحلة التنفيذ متروك، لمحكمة الموضوع بوصفها من مسائل الواقع.

- ويظل التساؤل مع ذلك قائماً، وهل يجوز للكفيل، التمسك بالدفع بالتجريد من المرحلة الأولى - هي مرحلة التقاضي؟

٧٦ - ذهب البعض إلى عدم جواز ذلك، وأنه يجب للتمسك بالدفع بالتجريد أن يكون الدائن قد شرع في التنفيذ على أموال المدين[١].

- واتجه البعض الآخر فيما نؤيده إلى أن الدفع بالتجريد، وإن تعلق بمرحلة التنفيذ، لا بالتقاضي فليس ثمة ما يمنع الكفيل، التمسك بالتجريد في مرحلة التقاضي. فاذا حكم للدائن بقبول الدعوى، وتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد - فقد يحكم القاضي، بالزام الكفيل بالدين، وبعدم جواز التنفيذ على أمواله إلا بعد تجريد المدين[٢].

رابعاً : أن يرشد الكفيل، الدائن لأموال المدين:

٧٧ - ورد النص على هذا الشرط بالمادة ٧٦١ مدني، بأنه إذا طلب الكفيل تجريد المدين، وجب عليه أن يقوم على نفقته بإرشاد الدائن إلى أموال للمدين تفي بالدين كله.

---

(١) من ذلك، سليمان مرقس/ ص٧٧/ ص٨٩/ جمال زكي/ دروس في التأمينات الشخصية، والعينية/ ١٩٥٧/ ص١١٥. والطبعة الثالثة/١٩٧٨/ ص١١٦/ بند ٦٠ ـ اشار في تأييد رأيه إلى عبدالفتاح عبد الباقي/ص ١٤٥.

(٢) من ذلك، منصور / ص٨٦/ بند٤٥/ تناغو /ص٧٢/ بند٣٠.

- ولا عبرة بالأموال التي يدل عليها الكفيل إذا كانت متنازعاً عليها، أو كانت موجودة خارج الكويت.

ومغزى النص، أن الدفع بالتجريد لا فائدة منه ما لم يكن للمدين أموالاً، يستطيع الدائن التنفيذ عليها. ويقع عبء الارشاد إلى هذه الأموال على عاتق الكفيل، وعلى نفقته الخاصة.

ولا يكفي أن يقوم الكفيل، بالارشاد إلى أموال مملوكة للمدين، بل يجب أن تكون هذه الأموال قابلة للتنفيذ عليها بسهولة وهو شرط لا يتحقق إذا كانت أموال المدين متنازعاً فيها. أو كانت موجودة خارج الكويت.

كذا، يشترط أن تكون أموال المدين كافية للوفاء بديونه. ومعنى ذلك أنه إذا كانت أموال المدين تفي بجزء من ديونه، لا يجوز للكفيل الدفع بالتجريد والقول بغير ذلك معناة الزام الدائن على قبول الوفاء الجزئي. وهو غير جائز بنص م ١/٤٠٦ مدني[١] ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغيره. كذا، فإنه إذا كانت الأموال غير كافية، فسيضطر الدائن التنفيذ من جديد على الكفيل، فتتعدد الاجراءات، على ما في ذلك من ارهاق للدائن، لا يبرره وجود كفيل للدين.

٧٨ - فاذا كانت أموال المدين غير كافية للوفاء بديونه، فليس ثمة ما يمنع الدائن، التنفيذ على أموال المدين، والكفيل معاً. بمعنى التنفيذ على أموال المدين بكل الدين، ثم التنفيذ على أموال الكفيل بالجزء المتبقي وليس في ذلك إجبار للدائن على قبول الوفاء الجزئي. طالما أنه ينفذ بكل حقه على أموال المدين غير الكافية، ثم ينفذ بالباقي

---

(١) ونصها، «لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئياً لحقه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. وانظر/ منصور/ ص٨٧ وبعدها.

على أموال الكفيل. أما القول بازدواج الاجراءات على ما فيه من إرهاق للدائن، وبما ينافي المقصود الأصلي من الكفالة. فنراها - مع البعض - نتيجة طبيعية لتعدد المدينين «المدين الأصلي» والكفيل»، خصوصاً، وأنه لايوجد تضامن بينهما[1].

- ونلفت النظر بأن المقصود، هو قيمة الأموال وقت إرشاد الكفيل عنها أو وقت نظر النزاع في قيمتها أمام المحكمة. على أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير القيمة،قيمتها الصافية، أي بعد استنزال ما عليها من تكاليف أو حقوق عينية أخرى[2].

- والمهم، أنه بتوافر الشرائط الأربعة المذكورة: بأن كان الكفيل شخصياً لا عينيا، وغير متضامن، وتمسك بالدفع بنفسه في الوقت المناسب وأرشد عن أموال مملوكة للمدين، غير متنازع فيها موجودة بالكويت، وكافية للوفاء بديونه - اتم الدفع بالتجريد آثاره القانونية.

المحور الثاني : آثار الدفع بالتجريد

تقسيم:

٧٩ - ذكرنا أنه إذا حصل الدائن على سند قابل للتنفيذ، فإنه لا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله - وهذا هو الاثر الأول للدفع بالتجريد.

بينما يتمثل الأثر الثاني، فيما ورد بنص م ٧٦٢ مدني بأنه في كل الاحوال التي يدل فيها الكفيل على أموال المدين، تبرأ ذمة الكفيل، بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين بسبب عدم اتخاذ الاجراءات اللازمة في الوقت المناسب.

ونعرض لهذين الأثرين - بالتفصيل المناسب - فيما يلي:

---

(١) منصور/ ص٨٨/ تناغو/ ص٧٥/ بند٣٠.

(٢) المذكرة الايضاحية تعليقاً على المادة ٧٦١ مدني/ص٢٤٣ . جمال زكي/ ص١١٧/بند ٦١.

أولاً : عدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل أولاً:

٨٠ - إذا شرع الدائن في التنفيذ على أموال الكفيل، بعد الحكم له بذلك، فتمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، بطريق الاستشكال في التنفيذ. فإنه يتعين وقف اجراءات التنفيذ، والفصل في الاستشكال. فان رأى القاضي أن للكفيل الحق في التمسك بالدفع، فإن اجراءات التنفيذ تلغى، ولا يجوز للدائن ان يتخذ اجراءات جديدة[1]. ومن ذلك مثلاً أن تلغى إجراءات الحجز التنفيذي على منقولات الكفيل، أو أن يلغى حجز ما للمدين لدى الغير، كما لا يجوز للدائن إجراء المقاصة بين التزام الكفيل، والتزام آخر في ذمته له[2]. إلا أن وقف اجراءات التنفيذ على هذا النحو لا يمنع الدائن من اتخاذ الإجراءات التحفظية على أموال المدين كما سنرى حالاً.

- وقد سبق أن رأينا، بأنه يجوز للكفيل حتى في المرحلة الأولى أي مرحلة التقاضي، أن يتمسك بالدفع بالتجريد، فإذا حكم القاضي عليه بالدين، وقرر في ذات الوقت قبول الدفع بالتجريد، امتنع على الدائن ابتداءً التنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على أموال المدين.

٨١ - وأيا ما كان الأمر أي سواء تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد في المرحلة الأولى فامتنع على الدائن بدائه اتخاذ إجراءات التنفيذ. أو تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد، بعد شروع الدائن في التنفيذ على أمواله، وحكم له بذلك. فإنه يجب على الدائن في الحالتين - أن يقوم بالتنفيذ على أموال المدين. ولا يخرج الأمر عن أحد فرضين: الأول أن يكون للمدين أموالاً كافية للوفاء بديونه، وفي هذا الفرض، لا يرجع الدائن، بشيء على الكفيل[3] والثاني، الا تكفي أموال المدين

(١) جمال زكي / ص ١٢٠ / بند ٦٢.

(٢) من هذا الرأي، السنهوري والفقي/ ص١٢٦/ منصور/ ص٨٩/ تناغو/ ص٧٦.

(٣) تناغو/ ص٧٦.

للوفاء بديونه[1]، وفي هذه الحالة فإن للدائن أن ينفذ بعد ذلك على الكفيل، خصوصاً بعد أن قام بتجريد المدين من أمواله فعلاً، ولا يملك الكفيل عندئذ أن يدفع التنفيذ على أمواله في هذه الحالة.

وقد قدمنا بأن منع الدائن التنفيذ على أموال الكفيل، قبل تجريد المدين لا يمنعه من اتخاذ الاجراءات التحفظية في مواجهة هذا الكفيل - بما في ذلك الحجز التحفظي، ووضع الاختام على تركته إذا توفى... الخ[2].

ثانياً وجوب قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين

٨٢ - طبقاً للنص الوارد بالمادة ٧٦٢ مدني يجب على الدائن أن يبادر لاتخاذ اجراءات التنفيذ على أموال المدين. وإلا اعتبر مسئولاً أمام الكفيل. والقاعدة، أن الدائن يتخذ الاجراءات المذكورة على نفقته الخاصة، وان أمكن أن يرجع بها فيما بعد على المدين، أو الكفيل. كذا، فإن عليه اتخاذ اجراءات التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب على حد تعبير المادة المذكورة. وعليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد. وفي كل الحالات، يقع عبء اثبات تقصير الدائن، بما في ذلك تأخره عن القيام باجراءات التنفيذ على عاتق الكفيل، طبقاً للقواعد العامة.

- فإذا لم يتخذ الدائن اجراءات التنفيذ، أو تأخر عن القيام بها اعتبر مسئولاً في مواجهة الكفيل، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما تعذر على الدائن استيفاؤه من الدين. ومثال ذلك، أن يتراخى الدائن في اتخاذ اجراءات التنفيذ على المدين، مما يترتب عليه اعساره . فان ذمة الكفيل

---

(١) كأن تنخفض قيمة الأموال لتقلبات السوق، أو إذا قدرتها المحكمة باكثر من قيمتها أو زاحم الدائن في التنفيذ عليها دائنون آخرون أو غير ذلك.. تفصيلاً - تناغو/ ص٧٦ - والمذكرة الايضاحية/ ص٥٤٥.

(٢) وفي القانون المصري، يحوز للدائن كذلك أخذ حق اختصاص على عقار مملوك للكفيل باعتباره اجراءً تحفظياً.. م١٠٨٥ مدني مصري / جمال زكي / ص ١٢٠ / بند ٦٢ ولم يأخذ المشرع الكويتي بحق الاختصاص أصلا.

تبرأ في مواجهة الدائن، بقدر اعسار المدين، شريطة أن يثبت الكفيل بأنه كان بالامكان تلافي هذا الاعسار إذا اتخذ الدائن الاجراءات في الوقت المناسب. أما إذا اتخذ الدائن إجراءات التنفيذ على أموال المدين في الوقت المناسب، وتعذر الحصول على كامل حقه لسبب أجنبي لا يد له فيه، كانخفاض قيمة الأموال لانخفاض القوة الشرائية للنقود، أو ظهور دائنين آخرين للمدين، فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر ما استوفى الدائن من أموال المدين، ويرجع الدائن عليه بالباقي من حقه[١]، [٢].

المحور الثالث صورة خاصة للدفع بالتجريد:

٨٣ - عرض المشرع لصورة خاصة للدفع بالتجريد. فنصت المادة ٧٦٢ مدني على أنه إذا كان هناك تأمين عيني مقرر على مال للمدين ضماناً للدين وقدمت كفالة بعد هذا التأمين أو معه، جاز للكفيل إذا لم يكن متضامناً مع المدين أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو[٣].

---

(١) قارن - جمال زكي / ص ١٢١ / بند ٦٢.

(٢) قرب تناغو/ ص٧٨/ بند ٣١.

(٣) ويرى البعض، أنه لا يشترط في هذه الصورة الخاصة أن يكون التأمين وارداً على مال مملوك للمدين على خلاف الأصل في الدفع التجريد حيث يشترط للتمسك به أن يرشد الكفيل إلى أموال مملوكه للمدين - في هذه المسألة/ تناغو/ ص٧٩/ بند٣٢ - «أمر غير مسلم به تماماً في الفقه المصري - والمذكرة الايضاحية تعليقاً على نص م ٧٦٣ صريحة بأن المقصود بالتأمين العيني أن يوجد مال للمدين، مرهوناً، أو عليه حق امتياز ضماناً للدين / ص٥٤٦ فدل ذلك على وجوب المدين للمال الوارد عليه التأمين العيني أما إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال للغير، فإن هذا الغير يكون كفيلاً عينياً لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده - المذكرة الايضاحية، تعليقاً على المادة ٧٦٣ مدني/ ص٥٤٦- وهذه الصورة الخاصة من التجريد، ليس لها مقابل في القانون الفرنسي - بودري ، وفال/١٠٣٩ - يقابلها في القانون المصري - المادة ٧٩١ مدني - وانظر تناغو/ ص٧٩/ بند ٣٢/ مرقس/ ص٩٣ منصور/ ص٩٣.

- والواقع أن النص المذكور صورة خاصة من الدفع بالتجريد، في حالة وجود تأمين عيني يضمن الدين، ونستند في ذلك إلى الحجج الآتية:

- أن ما ورد بالنص المذكور لا يتعلق بالبدء أولاً في التنفيذ على أموال المدين عامة، كما هو الحال في الدفع بالتجريد وإنما تتعلق بالبدء في التنفيذ على التأمين العيني الذي يضمن الدين.

- ولا يشترط في هذه الصورة الخاصة من الدفع بالتجريد أن يكون التأمين العيني كافياً للوفاء بالدين، فحتى «لو لم يكن هذا التأمين العيني الذي يضمن الدين كافياً، فإنه يجوز للكفيل أن يطلب من الدائن تجريد هذا الحق العيني أولاً»[1].

٨٤ - وعلى أية حالة فإنه يشترط للتمسك بهذه الصورة الخاصة من الدفع التجريد ما يلي:

١ - أن يكون الكفيل غير متضامن مع المدين، وهذا الشرط مقرر في الدفع التجريد، بصورتيه العامة، والخاصة على السواء. وتفسير ذلك أن الكفيل المتضامن مع المدين ليس مديناً احتياطياً، وان احتفظ ببعض خصائص المدين التابع، ولذا، يكون للدائن التنفيذ عليه قبل التنفيذ على المال المثقل بتأمين عيني مخصص لوفاء الالتزام المكفول به.

٢ - أن يوجد تأمين عيني مخصص لضمان نفس الدين المشمول بالكفالة والمقصود بالتأمين العيني، أن يوجد مال للمدين، عقار أو منقول يكون مرهوناً رهناً رسمياً، أو رهناً حيازياً، أو عليه حق امتياز ضماناً للدين. ومن ثم يجب استبعاد المال الذي يباشر عليه الدائن الحق

(١) المذكرة الإيضاحية تعليقاً على النص.

في الحبس «لأن الحق في الحبس لا يعتبر تأميناً عينياً»[1] كذا، يستبعد من تطبيق النص، التأمين العيني الذي ينشأ بعد الكفالة، حيث لا يجوز للكفيل الادعاء بأنه اعتمد على مثل هذا التأمين وقت تعرضه بالوفاء عن المدين.

٣ - أن يكون التأمين العيني مقرراً على مال مملوك للمدين. وتفسير ذلك أنه إذا كان التأمين العيني مقرراً على مال للغير. فإن هذا الغير يكون كفيلاً عينياً، لا يجوز للكفيل الشخصي أن يطلب تجريده[2]، بل يحوز فقط التمسك في مواجهته بالتقسيم إذا توافرت شرائطه، فإذا تقرر التأمين العيني على مال مملوك للمدين، فليس من المهم بعد ذلك أن يكون قد تقرر قبل انعقاد الكفالة، أو وقت انعقادها، باعتبار أن هذا التأمين قد اعتمد الكفيل عليه بأن كفل المدين والتأمين العيني موجود، وهو ما يحدث إذا تقرر التأمين قبل انعقاد الكفالة أو وقت انعقادها وعليه، فإن التأمين العيني الذي يتقرر بعد انعقاد الكفالة فلا يكون قد دخل في حساب الكفيل، وقت تعهده لضمان دين المدين[3].

- وأخيرا، يشترط أن يتمسك الكفيل بوجوب تنفيذ الدائن أولاً على المال الذي ترتب عليه التأمين العيني، وهو شرط لحق التجريد بوجه عام وتفسير ذلك أن الدفع بالتجريد «سواء في صورته العامة أو الخاصة» لا يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وللكفيل أن يتمسك بهذا الدفع، سواء في مرحلة التقاضي، أو في مرحلة التنفيذ والمهم أنه إذا توافرت الشرائط السابقة، أمكن للكفيل أن يطلب التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني قبل التنفيذ على أمواله هو.

---

(١) السنهوري / ص ١٣٠، وبعدها، وقرب جمال زكي / ص ١٢٣/ بند ٦٣.

(٢) عكس ذلك/ السنهوري/ ص١٣٠/ منصور/ ص٩٣/ مرقس/ ص٩٣ - ور أي آخر عند تناغو/ ص٨١.

(٣) تناغو/ ص٨٠.

٨٥ - فإذا لم ينجح الكفيل في دفع دعوى الدائن، أو لم يدفعها بدفع ما، فحكم عليه بالدين. أو قام الكفيل بالوفاء مختاراً للدائن. فيجب على الدائن في جميع الحالات السابقة أن يمكن الكفيل من الحلول محله في التأمينات المتعلقة بالدين إعمالاً للمادة ٧٦٤ مدني[١] ويتحمل الكفيل مصروفات نقل هذا التأمين على أن يرجع بها على المدين على ما سنرى حالاً.

الفرع الثالث: الدفع بالتقسيم

نص قانوني :

٨٦ - نصت م ٧٥٩ مدني على أنه - إذا تعدد الكفلاء بعقد واحد، وكفلوا نفس الدين ونفس المدين، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم بالتساوي ما لم يبين العقد مقدار ما يكفل كل منهم. فاذا التزم الكفلاء بعقود متواليه، كان كل منهم مسئولاً عن الدين كله ما لم يحتفظ لنفسه بحق التقسيم[٢].

- والمشرع بالنص السابق، قد حدد شروط الدفع بالتقسيم، كما بين آثار التقسيم وهو ما نعرض له على النحو الآتي.

المحور الأول شروط الدفع بالتقسيم

٨٧ - يشترط بداية للدفع بالتقسيم، تعدد الكفلاء. وهو أمر بدهي ذلك، أنه إذا كفل الدين كفيل واحد، كان للدائن أن يرجع عليه بكل الدين، بافتراض توافر الشرائط الأخرى، فلا يجوز لهذا الكفيل، طلب تقسيم الدين بينه وبين المدين.

---

(١) المذكرة الايضاحية/ ص٥٤٦.

(٢) والنص يقابله في القانون الفر نسي، المادة ٢٠٢٧ مدني وانظر كابرياك، ومولاي/ ص٢٣٧/ بند ٣٢٥ ـ وبعده

ب - كما يجب أن يكون تعدد الكفلاء في دين واحد. فإن اختلفت الديون، وكفل كل واحد من الكفلاء المتعددين ديناً مختلفاً، فلا وجه للدفع بالتقسيم وتفريعاً على ذلك، لا يجوز لكفيل الكفيل التمسك بتقسيم الدين بينه وبين الكفيل لاختلاف الدين المشمول بالكفالة - فبينما يضمن الكفيل، التزام المدين، بضمن كفيل الكفيل التزام الكفيل[1].

حـ - كما يشترط أن يكون الكفلاء المتعددين لمدين واحد، فإن تعدد الكفلاء، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم، وليس المقصود بالمدين الواحد أن يكون شخصاً واحداً. فإذا تعدد المدينون وكانوا متضامنين، وتعدد الكفلاء، وكفل كل منهم المدينين جميعاً فان شرط وحدة المدين يتحقق وينقسم الدين على الكفلاء[2].

د - الا يكون الكفلاء المتعددون متضامنين فيما بينهم. وتفسير ذلك أن الكفلاء المتضامنين، يجوز الرجوع على أي منهم بكل الدين اعمالاً لأحكام التضامن، وبذا لا ينقسم الدين عليهم. فاذا لم يكن الكفلاء متضامنين فيما بينهم، وكان أحدهم متضامناً مع المدين نفسه. فهل يكون له التمسك بالدفع بالتقسيم؟ والواقع أن الاجابة عن التساؤل المطروح قسمت الفقه إلى قسمين: فبينما يتجه البعض إلى أنه يجوز لهذا الكفيل المتضامن مع المدين التمسك بالدفع بالتقسيم، بحيث لا يسأل عن الدين في مجموعة[3] يذهب البعض إلى عكس ذلك، فلا يجوز لهذا الكفيل التمسك بالتقسيم كونه متضامناً مع المدين ومؤدى

---

(١) أخذاً من نص المادة ٧٦٥ / وقرب / جمال زكي / ص ١٢٥/ بند ٦٣.

(٢) منصور / ص٦٠/ تناغو/ ص٨٤/ بند٣٣.

(٣) منصور / ٦١ ـ كابرياك ومولاي / ص٢٣٧ / بند ٣٢٥ ـ وحرافي:

(Le benefice de division est supprime par solidarité)

التضامن أن يسأل عن الدين في مجموعه[1].

– ويشترط أخيراً أن يكون الكفلاء قد كفلوا الدين بعقد واحد. لأن المشرع يتخذ من وحدة العقد دليلاً على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين فينقسم الدين فيما بين الكفلاء جميعاً. اما إذا كفل كل من الكفلاء الدين بعقد مستقل فإنه لا يكون قد اعتمد على غيره من الكفلاء، فلا ينقسم الدين بينه وبين غيره. كذا، فقد أثير التساؤل، بصدد إمكانية وقوع التقسيم بين الكفيل العيني، والكفيل الشخصي؟ وقد ذهب رأي نؤيده إلى إمكانية التقسيم فيهما على سند من القول إن الأول يكفل الدين بنسبة قيمة العين التي قدمها رهناً، بينما يتكفل الكفيل الشخصي بكل الدين[2].

المحور الثاني- آثار الدفع بالتقسيم

٨٨ – فاذا توافرت الشرائط السابقة، ترتبت آثار الدفع بالتقسيم وتتمثل فيما يلي:

لا يجوز للدائن أن يطالب أي من الكفلاء المتعددين إلا بمقدار نصيبه، فلا يرجع عليه بكل الدين بل بحصته في الدين فقط.

– إذا اعسر أحد الكفلاء، بعد ابرام عقد الكفالة، ولو قبل مطالبة الدائن الكفلاء بحقه، فإنه لا يجوز للدائن أن يوزع حصة الكفيل المعسر على باقي الكفلاء. بل يتحمل وحدة نتيجة هذا الاعسار «وذلك لأن الدين ينقسم على الكفلاء من وقت ابرام عقد الكفالة لا من وقت الدفع بتقسيم الدين[3].

---

(١) تناغو/ ص٨٤/ مرقس/ ص١١١.

(٢) قارن السنهوري بند ٤١.

(٣) المذكرة الايضاحية/ تعليقاً على المادة ٧٥٩مدني/ ص ٥٤٢.

حـ- واخيرا، فإن الدفع بالتقسيم. على عكس الدفع بالرجوع، والدفع بالتجريد يقع بقوة القانون de Plein droit [1] وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، من دون حاجة إلى تمسك الكفيل بالتقسيم. وأخيراً فإن للكفيل التمسك بالتقسيم في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

المطلب الثاني
انقضاء التزام الكفيل

وضع المسألة ، إحالة:

٨٩ - ينقضي التزام الكفيل بداية بصفة تبعية لانقضاء التزام الكفيل. فقد قدمنا بأن التزام الكفيل تابع للالتزام المكفول، فان انقضى الثاني، انقضى الأول تبعاً له. ولذا، نصت م ١/٧٥٤ مدني على أنه يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين م١/٧٥٤ مدني.

- وانقضاء التزام الكفيل بصفة تبعية ينطبق على الكفيل البسيط، والكفيل المتضامن. لأن الكفيل المتضامن شأنه في ذلك شأن الكفيل البسيط، لا يلتزم بصفة أصلية، فلا يقوم التزامه إلا تابعاً لالتزام المدين. وأخذاً مما ورد بنص م ٧٦٧ مدني، يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين[2].

---

(١) إلا أنه ليس من النظام العام، فيجوز للكفيل التنازل عنه، فان تنازل عنه، فانه يقرب بذلك من مركز الكفيل المتضامن مع المدين/ قرب تناغو ص٨٤/ بند٣٣.

(٢) أي بالدفوع على إطلاقها سواء تعلقت بانقضاء التزام المدين الأصلي أو تعلقت إلى أسباب البطلان أو الفسخ أو الالغاء أو الرجوع، أو أي سبب لزوال الالتزام. وهو ما يفهم من عبارة النص «دفوع متعلقة بالدين.....».

- وانقضاء التزام الكفيل، تبعاً لانقضاء التزام المدين، قد يترتب على الوفاء بالالتزام المكفول، سواء كان الوفاء نقدياً، أو بمقابل أو التجديد أو الانابة، أو المقاصة أو اتحاد الذمة، أو الابراء أو مضي الزمان المانع من سماع الدعوى، أو استحالة التنفيذ، وهي جميعاً مسائل ترتبط بالقواعد العامة لانقضاء الالتزام، بأكثر مما تعتبر أسباباً خاصة لانقضاء التزام الكفيل، في عقد الكفالة [1].

على أن هناك أسباباً خاصة لانقضاء التزام الكفيل. وتتمثل في إضاعة الدائن بخطئه التأمينات الضامنة للوفاء بالدين، وعدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين رغم انذار الكفيل بوجوب اتخاذها، وأخيراً عدم دخول الدائن في تفليسه المدين.هذه الأسباب الخاصة، لانقضاء التزام الكفيل، الاشد ارتباطاً بعقد الكفالة، وتظهر فيها خصوصية العقد، ونقتصر في دراستنا على شرحها.

الفرع الأول: إضاعة التأمينات بخطأ من الدائن:

نص قانوني، تعليق:

٩٠ - نصت م ٧٥٦ مدني على أنه تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات.

- والمقصود بالتأمينات في النص كل تأمين يخصص لضمان الدين سواء كان تأميناً اتفاقياً كالرهن أو قانونياً كحقوق الامتياز. وسواء تقرر التأمين قبل الكفالة، أو بعدها [2]. وسواء كان الكفيل

---

(١) ونحيل بشأنها إلى المؤلفات المتخصصة في أحكام الالتزام.

(٢) تمييز/ ١٩٨٧/٤/٢٢/ مجلة القضاء والقانون / س١٥/ اكتوبر ١٩٩٤/ ص٢٧٠/ رقم ٧٦.. ـ وتأسيس ذلك، جمال زكي / ص٩٨/ بند ٥٣، تعليقا علي نص م١/٧٧٨٤ مدني مصري المقابل للمادة ٧٥٦ مدني ـ ونقض ١٩٣٣/٢/٢/ المحاماة/ س١٣/ ص٨٥٧ فيما أشار إليه مرجع وموضع سابقين/ هـ (١٢).

متضامناً، أو غير متضامن [١]. والحكمة من النص، أن الكفيل مدين احتياطي[٢] يجوز له إذا أوفى بالدين أن يحل محل الدائن فيما له من حقوق. بما في ذلك ما للدائن من ضمانات. فإن أضاع الدائن هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل، كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضاع الدائن من التأمينات، باعتبار أن قد أضاع على الكفيل فرصة في استيفاء حقه الذي حل محله فيه، وليس ثمة جزاء أكثر ملاءمة في هذا الشأن- من براءة ذمة الكفيل في مواجهة الدائن، بقدر ما أضاع الأخير من تأمينات[٣] بشرط أن يتوافر ما يأتي:

١ - لا تبرأ ذمة الكفيل قبل الدائن بقدر ما أضاع الأخير من التأمينات إلا إذا وقع ذلك بخطأ من الدائن، كأن يبرئ ذمة أحد الكفلاء مثلاً أو ينزل عن رهن ترتب لمصلحته، أو أن يمهل في تجديد قيد هذا الرهن[٤]. أو أن يهمل في المحافظة على المنقول المرهون رهناً حيازياً، فلا يطالب باسترداده إذا خرج من حيازته رغم ارادته أو دون علمه أو أن يهمل في استئناف الحكم الصادر بالغاء الرهن[٥].

---

(١) تمييز ١٩٨٥/٣/١٣/ القضاء والقانون/ س١٣/ ع١/ ص١٦٦/ رقم٥١.

(٢) فالحكم الوارد بالنص لا ينطبق على المدين المتضامن/ منصور / ص٧٤ / هـ (١).
تناغو / ص٩٠ . بعكس الكفيل العيني يجوز له . في الرأي الراجح . الإفادة من النص.

(٣) السنهوري / ص ٣٤٣/ تناغو / ص ٨٩ / بند ٣٦ . المذكرة الإيضاحية/ تعليقا على المادة ٧٥٦/ص ٥٤١ . وفي نفس الحكمة / تمييز / ١٩٨٧/٤/٢٢ . مرجع وموضع سابقين.

(٤) المذكرة الإيضاحية / ص ٥٤١ . وتمييز ١٩٩٠/١/١٤ / القضاء والقانون / س١٨ / مايو ١٩٩٦، ص ٣١/ رقم (٥).

(٥) وأمثلة أخرى في جمال زكي/ ص١٠٢، وبعدها / بند ٥٣ . وتوفيق فرج/ص٥٧/ بند٦١، وتمييز ١٩٨٥/٣/١٣/ القضاء والقانون/ ص١٣/ ج١/ ص١٦٦/ رقم٥١.

ويلاحظ أن خطأ الدائن الذي يتسبب في ضياع التأمينات قد يتمثل في عمل قانوني كما في الأمثلة السابقة وليس ثمة ما يمنع أن يكون خطأ الدائن متمثلا في عمل مادي، يترتب عليه ضياع التأمينات كأن يقوم الدائن بأعمال تؤدي إلى هلاك الشيء محل التأمين، كلياً أو جزئياً. ،ويفهم من صياغة النص السابق أنه إذا ضاعت التأمينات بفعل يعزى إلى الغير، أو قوة قاهرة، أو لفعل الكفيل نفسه أو لفعل المدين، فلا تبرأ ذمة الكفيل، وبعبارة أخرى لا يجوز له أن يدفع بإضاعة التأمينات فليس ثمة خطأ يمكن نسبته إلى الدائن.

٩١ - فإذا ضاع التأمين الضامن للدين بخطأ مشترك بين الدائن، والكفيل، فهل يجوز للأخير المطالبة ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من تأمينات؟ الواقع أن المسألة خلافية في الفقه، فالبعض على تطبيق القواعد العامة في هذا الخصوص، ومؤداها، توزيع عبء التعويض على المشتركين في الخطأ، فيكون الدائن مسئولاً بقدر مساهمته في الخطأ، وللكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في هذه الحدود[1] والبعض الآخر، على أنه لا يجوز للكفيل أن يطالب ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من تأمينات إذا كان قد ساهم نفسه بخطأه في اضاعة هذه التأمينات حتى وإن نسب خطأ الدائن في هذه الحالة وذلك على سند من القول ان القواعد العامة للمسئولية لا تنطبق في هذا الخصوص، لاننا بصدد قاعدة خاصة تقرر براءة ذمة الكفيل مراعاة لمصلحته[2] . وهو رأي نؤيده، لسلامة مبرراته حيث لا تنطبق القواعد العامة إذا وجد نص خاص يقيدها. فلا يتأذى الكفيل من عمل اشترك في وقوعه، أو على الأقل كان يمكن تلافيه. وعلى أية حال فقد استقر قضاء التمييز على أن

(١) من هذا الرأي مرقس / ص ٧٤ ـ منصور / ص ٧٧ ـ توفيق فرج / ص٥٨/ بند ٦١.

(٢) السنهوري / ص ٢٤٥/بند١٠٣/ تناغو / ص ٩٤ / بند ٣٧ ـ جمال زكي/ص١٠٤/بند٥٣.

خطأ الدائن المؤدى إلى إضعاف التأمينات الدين المكفول من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله[1].

٢- أن يكون الدائن قد اضاع تأميناً خاصاً يضمن نفس الدين المكفول سواء كان تأميناً اتفاقياً كالرهن الرسمي، والرهن الحيازي، أو تأميناً قانونياً، كحق الامتياز. ولا يشترط أن يكون هذا التأمين قد تقرر وقت انعقاد الكفالة، أو قبل ذلك. بل ينطبق الحكم ولو تقرر التأمين بعد انعقاد الكفالة[2].

- وانما يشترط أن يكون التأمين خاصاً على النحو الذي بسطناه، وتفريعاً على ذلك، إذا اقتصر خطأ الدائن على اضعاف حقه في الضمان العام، فإن الحكم الوارد بالمادة ٧٥٦ مدني لا ينطبق. ولا يغير من ذلك أن يكون اضعاف الحق في الضمان العام مرده، خطأ الدائن، أو اهماله[3].

كذا، لا تبرأ ذمة الكفيل إذا منح الدائن للمدين اجلاً، ما لم يثبت أن منح الأجل قد ترتب عليه سقوط ضمان خاص، كالحق في الحبس المقرر للبائع فهو يسقط أخذاً من نص م ٥٠٣ مدني[4] اذا منح المشتري

(١) تمييز ١٩٨٧/٤/٢٢ / مجلة القضاء والقانون / س ١٥ / اكتوبر ١٩٩٤/ ص ٢٧٠ / رقم ٧٦. وتمييز ١٩٨٥/٣/١٣/القضاء والقانون/س١٣ ع/الأول/ص١٦٦/رقم٥١.

(٢) وعلى هذا، تمييز ١٩٨٧/٤/٢٢ / المجموعة / ص٥٩ / رقم٥.

(٣) ويجوز في هذا الفرض. للكفيل مساءلة الدائن، إنما طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

(٤) ونصها، إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الأداء في الحال، فللبائع أن يحبس المبيع حت يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع.

أجلا للوفاء بالثمن[1].

٣ - وأخيراً، يجب على الكفيل أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عمل الدائن. والضرر يتحقق في حالتنا في كل مرة يكون فيها التأمين الذي أضاعه الدائن بخطئه ذو قيمة، ولم يستبدل بغيره. وتفريعاً على ذلك، إذا أضاع الدائن، تأمينا غير ذي قيمة، فلا يجوز للكفيل المطالبة ببراءة ذمة، إذ لا ضرر من ضياع مثل هذا التأمين. ومثال ذلك أن يكون التأمين الضامن كفالة، بينما الكفيل معسراً، أو أن يكون التأمين رهناً متأخراً في المرتبة، بينما الرهون المتقدمة عليه، تستغرق كل المال المرهون.

وليس المقصود بالضرر، أن يترتب على ضياع التأمين بفعل الدائن، اعسار المدين، فلو ظل موسراً، حتى بعد ضياع التأمين. فان ذلك يعتبر ضرراً للكفيل لأنه يقلل من الفرص المتاحة لاستيفاء حقه، ويخول له بالتالي الحق في التمسك ببراءة ذمته، بقد ما ضاع من تأمين خاص.

- كذا، يحق للكفيل التمسك ببراءة ذمته قبل الدائن، بقدر ما أضاع الأخير من تأمينات بخطئه، ولو بقيت تأمينات أخري للمدين تكفي للوفاء بالدين، حملاً على السبب السابق[2].

وعلى عكس ذلك إذا كان الدائن قد اضاع بخطأ منه تأمينا لا قيمة له، ولكنه استبدله بغيره، لم يكن للكفيل المطالبة ببراءة ذمته بقدر

---

(١) تفصيلا أحمد الزقرد / الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي /١٩٩٨/ ص ٢٥٣/ بند ٢٩٢.

(٢) قرب / السنهوري / ص ٢٤٧ . تناغو / ص٩٥ / بند ٣٧ / منصور / ص ٧٧ . مرقس /ص٧٤. وقارن جمال زكي / ص ١٠٥/ بند ٥٣.

ما ضاع من تأمين ذلك أن استبدال تأمين، بتأمين آخر، لا يعتبر ضياعاً في معنى، أو مغزى المادة ٧٥٦ مدني[١].

وإذا استبدل الدائن تأميناً ذو قيمة، بتأمين آخر لا قيمة له، فإن ذلك، يعتبر في معنى اضاعة التأمينات، ويحق للكفيل في هذا الفرض أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما ضاع من التأمين[٢].

٩٢ - وعلى أية حال، فإنه يقع على عاتق الكفيل عبء اثبات الضرر الذي أصابه جراء عمل الدائن، وعليه خصوصاً اثبات مقدار ما أصابه من ضرر «لانه هو الذي يطلب براءة ذمته فيكون عليه أن يثبت ما يبرر طلبه[٣]». فلا تبرأ ذمة الكفيل إلا بقدر التأمين الذي أضاعه الدائن.

آثر اضاعة التأمينات :

٩٣ - والمهم أنه، إذا توافرت الشرائط السابقة، يترتب على اضاعة التأمينات براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن. يستوي - في ذلك أن يكون الكفيل متضامناً، أو غير متضامن. وتفسير ذلك - على ما ورد بالمذكرة الايضاحية، أن من حق الكفيل ان يحل محل الدائن في ضماناته. فاذا اضاع الدائن بخطته هذه الضمانات التي اعتمد عليها الكفيل - كان من حق الأخير، أن تبرأ ذمته، بقدر ما أضيع من ضمان[٤].

---

(١) من هذا الرأي تفسيرا للمادة ٧٨٤ مدني مصري، المقابلة لنص م٧٥٦مدني كويتي / منصور/ ص٧٧/ مرقس/ ص٧٤ ـ تناغو / ص٩٤ / بند ٣٧. توفيق فرج/ص٥٨/بند ٦١.

(٢) ولم يرد نص بالقانون الكويتي على أن يكون ما ضاع من تأمين ذو قيمة، ولكنه يستنتج من سياق النص.

(٣) على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقا على نص م ٧٥٦ / ص ٥٤١.

(١) المذكرة الإيضاحية / تعليقا على المادة ٧٥٦ مدني / ص ٥٤١ ـ بتصرف ـ وسوف نرى حالا، بأن براءة ذمة الكفيل ـ في هذا الفرض وغيره ـ سبب خاص بانقضاء عقد الكفالة وحده ـ لاحقا / ص / بند.

- وعلى الكفيل - في هذا الفرض - أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما أضاع الدائن من تأمينات. ويكون ذلك غالباً في صورة دفع في مواجهة دعوى الدائن له بالوفاء بالالتزام المكفول[1] على أنه ليس ثمة ما يمنع الكفيل من رفع دعوى مبتدأة في مواجهة الدائن يطلب فيها الحكم ببراءة ذمته في مواجهته[2].

- ونلفت النظر بأن استخلاص خطأ الدائن المؤدي إلى اضعاف تأمينات الدين المكفول من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، بغير معقب مادامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله[3]. وبأن الدفع بإضاعة التأمينات يقتصر فقط على الحالة التي يكون فيها الدائن قد حصل فعلاً على التأمين، ثم أضاعه. وعليه، حكم، بعدم تطبيق نص م٧٥٦ مدني، لمجرد أن الدائن لم يكتسب تأميناً كان يستطيع أن يكتسبه[4].

---

(١) تناغو / ص ٩٥ / بند ٣٨.

(٢) من هذا الرأي، السنهوري/ ص٢٤٨/ - منصور / ص٧٩ - وتناغو / ص٩٦ بند ٧٨.

(٣) من حكم التمييز / ١٩٨٧/٤/٢٢ / المجموعة / ص٥٩ / رقم (٥).

(٤) تمييز / ١٩٩٠/١/١٤/ مرجع سابق / ص ٦١ / رقم ١١.

الفرع الثاني : عدم اتخاذ الدائن الاجراءات في مواجهة المدين رغم إنذار الكفيل

نص قانوني، تعليق:

٩٤ - نصت م ٧٥٧ مدني على أنه، لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد عدم اتخاذ الدائن الاجراءات ضد المدين عند حلول أجل الدين، أو لمجرد تأخرة في اتخاذها.

- ومع ذلك إذا انذر الكفيل الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين، كان للكفيل أن يطلب براءة ذمته إذا لم يقم الدائن باتخاذ هذه الاجراءات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الانذار ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً. ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلاً دون موافقة الكفيل[١].

- ويستفاد من النص السابق، أنه لا يجوز للكفيل أصلاً، المطالبة ببراءة ذمته لمجرد أن الدائن لم يتخذ اجراءات ضد مدينه عند حلول أجل الدين، ولا لتأخر الدائن عن اتخاذ هذه الاجراءات.

- كما أنه ليس من الملائم أن يفاجأ الكفيل، بالمطالبة بالوفاء بالتزام كان قد كفله منذ زمن بعيد. ولذا، فحتى لا تظل الكفالة عبئاً، لأمد طويل على عاتق الكفيل خول المشرع لهذا الأخير، وسيلة لحمايته، بتقرير حق له في انذار الدائن بضرورة اتخاذ الاجراءات ضد المدين. فاذا لم يتخذ الدائن هذه الاجراءات، خلال ثلاثة أشهر[٣] من تاريخ

---

(١) تمييز / ١٩٩٠/١/١٤ / المجموعة / يونيو ١٩٩٦ / ص ٦٢ / رقم ١٢.

(٢) ما لم ينشأ عن ذلك اضرار بالكفيل، فطبقا للقواعد العامة للمسئولية تبرأ ذمة الكفيل في هذه الحالة، بقدر ما أصابه من ضرر نشأ عن عدم اتخاذ الدائن الاجراءات المذكورة، أو تأخره القيام بها.

(٣) أو ستة أشهر في نص م ٢/٧٨٦ مدني مصري/ جمال زكي/ ص١٠٨/بند ٥٤ . توفيق فرج/ ص٥٤ / بند٥٨.

الانذار كان للكفيل أن يطالب ببراءة ذمته، وقد يكون ذلك في صورة دفع، أو دعوى مبتدأة.

والمقصود بالاجراءات الواجب على الدائن اتخاذها، اجراءات الرجوع على المدين، أي برفع دعوى على المدين للمطالبة بالدين. إذا لم يكن الدين ثابتاً في سند رسمي، فإن وجد سند رسمي مثبت للدين، فإن الاجراءات الواجب على الدائن اتخاذها، تكليف المدين بالوفاء، على أن يلحق ذلك اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهته. فاذا اتخذ الدائن الاجراءات الواجبة قانوناً - على النحو الذي بسطناه - خلال ثلاثة أشهر التالية للانذار، وسار في اتخاذها بالعناية الواجبة- لم يكن للكفيل المطالبة ببراءة ذمته.

- فاذا لم يتخذ الدائن الاجراءات خلال ثلاثة أشهر من تاريخ انذاره، أو تأخر في اتخاذها، أو لم يبذل في العناية الواجبة في اتخاذ هذه الاجراءات، جاز للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته في مواجهة الدائن. ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً وتأكيداً لذلك، حكم بأنه لما كان الطاعن لا يدعي انه انذر الشركة المطعون ضدها باتخاذ الاجراءات سند المدين عند حلول أجل الدين. فإن دفاعه القائم على أن الشركة الدائنة قد تقاعست عن مطالبة المدين بالدين بما تبرأ ذمته يكون غير سديد[1].

٩٥ - بقي أن نوضح ان الكفيل لا يجوز له أن ينذر الدائن قبل استحقاق الدين. وانما وقت استحقاقه. فاذا منح الدائن المدين أجلاً للسداد دون موافقة الكفيل كان للكفيل أن يتجاهل هذا الأجل[2] وينذر الدائن، بوجوب اتخاذ الاجراءات بمجرد حلول الأجل الأصلي. ولا

---

(١) تمييز / ١٩٩٠/١/١٤ / مجلة القضاء والقانون / س١٨ / مايو ١٩٩٦/ ص٣١/ رقم (٥).

(٢) وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية تعليقا على النص بقولها ... «ولا يحول دون حق الكفيل في التمسك ببراءة ذمته أن يمنح الدائن المدين أجلا دون موافقة الكفيل» ص٥٤٢.

ينطبق ذلك بطبيعة الحال على المهلة القضائية، التي يمنحها القاضي للمدين، اعمالا لنص م٢/٤١٠ مدني فلا يجوز للكفيل انذار الدائن قبل انتهاءها. لأن الدائن نفسه لا يستطيع مباشرة الاجراءات قبل انقضاء المهلة القضائية[١].

الفرع الثالث - عدم تقدم الدائن في تفليسه المدين :

نص قانوني، تعليق:

٩٦ - نصت م ٧٥٨ مدني على أنه إذا أفلس المدين ولم يتقدم الدائن بالدين في التفليسة سقط حقه في الرجوع على الكفيل، بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بدينه فيها[٢].

- والحكمة من النص، أن المدين يمكن أن يتعرض للأفلاس، فيلحق الكفيل ضرر، لأنه ممنوع من الدخول في التفليسة، فان لم يدخل الدائن بذلك في التفليسة. فلا يبقى من حماية للكفيل إلا سقوط حق الدائن في الرجوع عليه بقدر ما كان يستوفيه لو أنه تقدم بحقه في تفليسة المدين. وبعبارة أخرى فإن اهمال الدائن، التقدم في تفليسة المدين يترتب عليه ضياع فرصته في استيفاء بعض حقوقه. فلا يجوز له والحال هكذا أن يرجع على الكفيل إلا بما يزيد على القدر الذي كان سيحصل عليه من التفليسة لو أنه دخل فيها، والنص بذلك يشتمل على صورة أخرى لحماية الكفيل.

---

(١) في نفس المعنى تناغو / ص ٩٨ / بند ٣٩.

(٢) يقابل هذا النص ، المادة ٧٨٦ مدني مصري. ونصها، ... إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن ..». وصياغة النص المصري، أفضل، عندما اوجبت علي الدائن الدخول في تفليسة المدين. بينما لفظة - «ولم يتقدم» الواردة بالمادة ٧٥٨ مدني كويتي .. ليست قاطعة في الزام الدائن بالدخول في تفليسة المدين .. بينما هي الوسيلة الوحيدة للحصول من المدين على ما يمكن الحصول عليه .. انظر في شرح المادة ٧٨٦ مدني مصري، تناغو / ص ٩٩ / بند ٤٠ - جمال زكي / ص١٠٩ / بند ٥٥ - توفيق فرج/ص٥٥/بند٥٨.

ونلفت النظر بأن تمسك الكفيل ببراءة ذمته بقدر الضرر الذي عاد عليه من اهمال أو تقصير الدائن الدخول في تفليسة المدين، قد يتم في صورة دعوى، أو دفع، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام. وعليه، لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويجوز للكفيل التنازل عنه. واخيرا، فهو حق يستفيد منه الكفيل المتضامن، أو غير المتضامن[1]، على السواء.

المبحث الثاني
العلاقة بين الكفيل، والمدين

تمهيد وتقسيم:

٩٧ - عرض المشرع بالمواد ٧٦٩ إلى ٧٧٢ من القانون المدني لعلاقة الكفيل بالمدين. ومؤدى هذه النصوص، أن الكفيل إذا وفى الدين للدائن فله الرجوع على المدين بما وفاة [2] فالكفيل. كما قدمنا، ليس صاحب مصلحة في الوفاء بالدين. فان وفى يكون قد وفى لغيره، وحق له لذلك الرجوع على صاحب المصلحة في الوفاء، وهو المدين[3].

كذا، فقد أوجب المشرع على الكفيل اخطار المدين قبل الوفاء ليتمكن هذا الأخير منعه منه إذا كان المدين قد وفى الدين، أو كانت

---

(١) السنهوري / ص ٢٥٧ / بند ١١١ .

(٢) ويمكن للكفيل في هذا الفرض، الرجوع على المدين، طبقا للقواعد العامة للاثراء بلا سبب المادة (٢٦٢) مدني. الا ان المشرع لم يكتف بتخويل الكفيل حق الرجوع طبقا للقواعد العامة، بل منحه حق خاص في الرجوع أما بالدعوى الشخصية التي لا تخرج فيما سنرى عن الإثراء بلا سبب، او بالدعوى العينية «دعوى الحلول» وهي تطبيق محض لقواعد الوفاء مع الحلول، أي فيما إذا قام بالوفاء شخص عز المدين المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص م٧٧١ مدني كويت ص٥٥٠، فإن لم تتوافر شروط أي من الدعويين «الشخصية، والعينية»، أمكنه الرجوع على المدين إعمالا لقواعد الاثراء بلا سبب.

(٣) انظر جمال زكي / ص ١٢٧ / بند ٦٦ . تناغو / ص١١٠ / بند ٤٩ . منصور / ص٩٥ / بند٥١.

لديه أسباب من شأنها أن تؤدي إلى بطلانه، أو انقضائه - م٧٦٩ مدني[1]. كما خول المشرع للكفيل الموفى الرجوع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن ذات الوفاء، أي بما أداه من أصل الدين، وتوابعه، وبمصروفات المطالبة الأولى - م ٧٧٠ مدني. كما يجوز للكفيل الرجوع على المدين بدعوى عينية «دعوى الحلول» فهو بنص المادة ٧٧١ مدني، يحل محل الدائن في حقه.

- أما إذا تعدد المدينون في دين واحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم. فللكفيل الذي ضمتهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين - م٧٧٢ مدني.

ونعرض تباعاً لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية - أو بدعوى الكفالة[2] مطلب أول، ثم رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول ـ مطلب ثان، وأخيراً رجوع الكفيل على المدينين المتضامنين، وغير المتضامنين ـ مطلب ثالث.

---

(١) فإن كان الكفيل متضامنا مع المدين فإن للدائن أن يطالبه أولا ومنفردا بكل الدين، وللكفيل أن يتمسك قبله بجميع الأوجه التي يتمسك بها قبل المدين وفي حالة مقاضاة الكفيل منفرطا، لا يلتزم الدائن بإدخال المدين خصما من الدعوى، وانما يجب على الكفيل طلب ادخال المدين، والا سقط حقه في الرجوع على المدين في الحالات الواردة قبالمادة ٧٦٩ مدني ـ انظر المواد ٧٥٤، ٧٦٠، ٧٦٩ مدني، والمادة ٩٩ من قانون التجارة/ وتمييز ٣٠/١٠/١٩٨٨/ الفضاء والقانون/ س١٦/ ع٢/ ص١٣٥/ رقم٣٥.

(٢) في / تناغو / ص ١١٢ وتوفيق فرج/ ص٦٩/ بند٧٠/ وقارن، مع ذلك، جمال زكي / ص ١٢٨ / بند ٦٧.

المطلب الأول

- رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية

L’action Personnelle

نص قانوني، تقسيم:

٩٨ - نصت م ٧٧٠ مدني على أنه للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين بما أداه من أصل الدين، وتوابعه، وبمصروفات المطالبة الأولى، وبما يكون قد انفقه من مصروفات من وقت اخطاره المدين بالاجراءات التي اتخذت ضده.

- والمتأمل بالنص المذكور يرى بأنه قد بين شروط رجوع الكفيل على المدين ونطاق الرجوع بالدعوى الشخصية.

٩٩ - وتبعا لذلك فاننا نوزع الدراسة في الدعوى الشخصية على فروع ثلاثة، نعرض في الأول منها لأساس الدعوى الشخصية للكفيل، وفي الثاني لشروط الرجوع بالدعوى، وأخيراً، نطاق الرجوع.

الفرع الأول : أساس الرجوع بالدعوى الشخصية

١٠٠ - نبادر للتنويه ـ في البداية ـ بأن أساس الرجوع بالدعوى الشخصية، مسألة خلافية في الفقه ، فالبعض على أن أساس رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية على المدين، لا يخرج عن كونه وكالة، أو فضالة. ففي الحالات التي تكون فيها الكفالة قد عقدت بعلم المدين ودون اعتراضه، يعتبر الكفيل وكيلاً عن المدين في الوفاء. فاذا ابرمت الكفالة، بغير علمه، أو رغم معارضته، فإن الكفيل فضولي وفي الحالة الأولى، يرجع بدعوى الوكالة، وفي الحالة الثانية

يرجع بدعوى الفضالة [1]. بينما يرى البعض الآخر، أن الدعوى الشخصية ليست سوى دعوى ناشئة عن عقد الكفالة، كأية دعوى ناشئة عن أي عقد آخر. وهي دعوى مستقلة ورد النص عليها، بصفة خاصة في عقد الكفالة[2] كما احتج أنصار هذا الرأي على اعتبار الدعوى الشخصية، وكالة، بالقول بأنه لا يمكن اعتبار الكفيل وكيلاً عن المدين، وإلا لأمكنه التنازل عن الكفالة في أي وقت يشاء، باخطار الدائن بذلك أخذا من القواعد العامة لعقد الوكالة وهو أمر لا يمكن التسليم به.

كذا، لا يمكن اعتبار الكفيل فضولياً، فالفضالة، تقوم على الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي، ولا شيء من ذلك، في قيام الكفيل بالوفاء عن المدين ناهيك بأن الفضولي، غير ملزم بالقيام بالعمل، بينما الكفيل ملزم بالوفاء، بمقتضى عقد الكفالة.

والذي نلاحظه بهذا الصدد أن القول بأن الكفالة، تتأسس على الوكالة، إذا ابرمت بعلم المدين، أو الفضالة، إن كانت بغير علمه، لايقصد منه سوى تشبيه الكفيل بالوكيل، أو الفضولي. وليس القصد، تطبيق قواعد الوكالة، أو الفضالة على علاقة الكفيل بالمدين[3].

كما أن انصار القول باعتبار رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية، يستمد أساسه من عقد الكفالة، يسلمون بأن هذه الدعوى تشبه دعوى الوكالة، أو الفضالة وعندنا، أن رجوع الكفيل، بالدعوى الشخصية،

---

(١) من هذا الرأي السنهوري / ج١٠ / ص ١٦٥ / بند ٦١ . جمال زكي / ص١٢٨ / بند ٦٧.

(٢) من هذا الرأي منصور / ص ٩٦ / بند ٥ . تناغو / ص ١١٢ / بند ٤٠.

(٣) قرب جمال زكي / ص ١٢٩ / بند ٦٧.

شأنه شأن دعوى الوكالة أو الفضالة، أساسه الاثراء بلا سبب في قواعده العامة. وعليه لا نرى فائدة عملية، في تسمية الدعوى الشخصية، بدعوى الكفالة[1] طالما أنها محض تطبيق للإثراء بلا سبب.

الفرع الثاني شروط الرجوع بالدعوى الشخصية:

١٠١ - يشترط بداية لرجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية، أن يكون الكفيل قد وفى بالدين. وهو ما عبرت عنه المادة ٧٧٠ مدني بأن «للكفيل الذي وفى بالدين....» فدل ذلك - على أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على المدين قبل قيامه فعلاً بالوفاء بالدين.

- ويجمع الفقه[2] على أن للكفيل الرجوع على المدين، ولو كان قد وفى بجزء من الدين فقط. ولا يتقدم عليه الدائن في استيفاء الباقي له من أموال المدين. فاذا لم تكن أموال المدين كافية للوفاء لهما «للكفيل والدائن» معاً تقاسما هذه الأموال قسمة غرماء[3] ويشترط لذلك أن تكون الكفالة جزئية «أي عن جزء من الدين» أو يكون الدائن قد قبل من الكفيل الوفاء بجزء من الدين. فإن لم تكن الكفالة جزئية، أو لم يقبل الدائن الوفاء بجزء من الدين ، لم يكن للكفيل الذي وفى جزئياً (والغرض أنه يلتزم بضمان كل الدين) مزاحمة الدائن في استيفاء الجزء الباقي وهو ضامن له. أخذاً من قاعدة مؤداها أن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض - Qui doit garantie ne Peut evincer [4].

(١) السنهوري / ص ١٦٥/ بند ٦١.

(٢) السنهوري / ص ١٧٩ / بند ٦٣ / جمال زكي / ص ١٣٤/ بند ٦٧ / تناغو / ص١١٤/ بند٥١ . منصور / ص٩٨ / بند ٥١ . توفيق فرج . ص ٧٠ / بند ٧١.

(٣) وسوف نرى حالا أن ذلك يعكس دعوى الحلول.

(٤) التي تطبق علي الحقوق الشخصية، والعينيةعلى السواء، تفصيلا الزقرد / ص ١٩٤ / بند ٢١٧.

أما إذا كان المدين قد وفى بجزء من الدين، «في الحالات التي يجوز فيها ذلك»، ورجع الدائن على الكفيل بالباقي، فوفاه، فإن ذمة المدين تبرأ نهائيا، ولا يكون للكفيل الرجوع عليه إلا بنسبة ما وفاه فقط[1].

ب - أن يقوم الكفيل باخطار المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين فإذا قاضاه الدائن وجب عليه أن يطلب ادخال المدين خصماً في الدعوى فإن لم يقم الكفيل باخطار المدين قبل الوفاء بالدين. أو قصر في ادخال المدين طرفاً في الدعوى، حتى بعد رفع الدعوى عليه من الدائن بالوفاء سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان الاخير قد وفى الدين، أو كانت لديه أسباب من شأنها أن تؤدي إلى بطلان الوفاء أو انقضائه م ٧٦٩ مدني وتفريعاً على ذلك، إن لم يكن هناك سبب لانقضاء الدين أو بطلانه، ولم يكن المدين قد وفى بالدين. وقام الكفيل بالوفاء بالدين من دون اخطار المدين أو اخطره، ولكن اعترض المدين على الوفاء بدون ابداء سبب جدي، فان من حق الكفيل أخذاً من النص المذكور الرجوع على المدين، برغم عدم الاخطار، أو برغم من اعتراض المدين. والحكمة من ذلك «أن الكفيل وفى بما كان يجب الوفاء به قانونا[2]».

١٠٢ - وجدير بالملاحظة، أنه لا يشترط لاخطار الكفيل، ولا لاعتراض المدين على الوفاء شكل خاص. وبذا يمكن أن يكون الإخطار بورقة رسمية، من أوراق المحضرين تعلن إلى المدين في موطنه، أو تعلن إلى الكفيل، كما يمكن أن يتم الاخطار، أو الاعتراض بورقة عرفية، كخطاب مسجل، أو غير مسجل كما يجوز أن يقع الاخطار، والاعتراض شفاهة ويقع عبء اثبات الاخطار على من يدعي، وهو الكفيل، وعبء اثبات الاعتراض على من يتمسك به، وهو المدين.

---

(١) وتوفيق فرج / ص ٧٠ / بند ٧١.

(٢) السنهوري / ص ١٧١ / بند ٦٢ / تناغو / ص ١١٦/ بند ٥١ / وقرب جمال زكي / ص ١٣١ بند ٦٧. والمذكرة الإيضاحية تعليقا على نص م٧٦٩ مدني كويتي/ ص٥٥٠.

حـ ـ كما يشترط للرجوع بالدعوى الشخصية، أن يكون أجل الدين قد حل، فإذا وفيّ الكفيل قبل حلول الأجل، لم يكن له الرجوع على المدين، إلا بعد حلوله. وبعكس ذلك يجوز للكفيل الرجوع على المدين بمجرد حلول الأجل حتى ولو كان الدائن قد منح المدين أجلا جديدا. فالمقصود بالأجل، كشرط للرجوع بالدعوى الشخصية هو الأجل الأصلي الذي ضمن الكفيل الدين عند حلوله. وإذا تنازل المدين عن الأجل الأصلي الممنوح له، استفاد الكفيل من التنازل، ويجوز له، بالتالي الرجوع على المدين عند حلول الأجل الجديد[1].

د ـ وأخيرا، فثمة شرط، لم يرد في صريح المادة ٧٧٠ مدني، وإن أمكن الأخذ به، من مجمل أحكام الكفالة، والحكمة منها، مؤداه الا تكون الكفالة قد تمت برغم معارضة المدين، ولا ضد مصلحته وتفسير الشرط، في شقه الأول، ان الكفالة، إن ابرمت برغم معارضة المدين، انتفت الحكمة من الرجوع بدعوى الكفالة، التي تمنح الكفيل أكثر مما تمنحه له القواعد العامة. وبذا، لا يتسنى القول بأن الكفيل قد قدم خدمة للمدين. فلا يكون له إلا الرجوع بدعوى الحلول[2]. أو بدعوى الإثراء بلا سبب في قواعده العامة. ولو أراد المشرع الكويتي، منح

---

(١) توفيق فرج / ص٧٠ / بند ٧١ / تناغو / ص١١٤/ بند ٥١.

(٢) تناغو/ مرجع، وموضع سابقين، وعليه أغلب الشراح، مثلا، مرقس/١٢٠٢ ـ ومنصور /ص٩٧ ـ ومراجع أخرى من تناغو «سالف الاشارة» ـ تعليقا على نص م٨٠٠/١ مدني مصري التي جاء على خلاف نص م٧٧٠ مدني كويتي، نخول الكفيل الذي وفىً الدين الرجوع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه، أو بغير علمه «بدون الإشارة الى حالة انعقاد الكفالة» برغم معارضته، ولم ترد العبارة الأخيرة كلها في النص الكويتي، إنما يفسر السكوت في نظرنا على أنه لا رجوع بدعوى الكفالة، إذا تمت رغم معارضة الكفيل حملا على السبب الوارد بالمتن.

الكفيل الرجوع بدعوى الكفالة رغم معارضة المدين، لنص على ذلك صراحة، كما فعل في نصوص أخرى، أجاز فيها كفالة المدين برغم معارضته - م٧٤٨ مدني، واجاز فيها الوفاء بالدين رغم معارضة المدين م٢/٣٩١ مدني. اما وقد سكت المشرع عن إيراد نص. في هذه الحالة، فيفسر السكوت، على عدم الرجوع بدعوى الكفالة، إذا تمت رغم معارضة المدين. وللأسباب ذاتها، يرى الفقه في مجمله (١)، أنه لا يجوز كذلك الرجوع بدعوى الكفالة، إذا كانت لمصلحة غير المدين، كأن تبرم الكفالة بعد نشأة الدين مثلا، أو تبرم لمصلحة الدائن.

الفرع الثالث: نطاق رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية:

١٠٣ - يكون للكفيل الموفى، أخذاً من نص م ٧٧٠ مدني أن يرجع على المدين بما أداة من أصل الدين، وتوابعه، وبمصروفات المطالبة الأولى، وبما دفعه من مصروفات من وقت اخطاره المدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده.

ويقصد بأصل الدين، جميع ما دفعه الكفيل للدائن لابراء ذمة المدين. فيشمل لذلك، إلى جانب مبلغ الدين المكفول به، المصروفات التي انفقها الكفيل في سبيل الوفاء بالتزامه. ومن ذلك ما يكون قد انفقه في الارشاد عن أموال المدين لتجريدها. ومصروفات الدعوى التي رفعها الدائن على الكفيل.

- ومع ذلك فليس للكفيل أن يرجع على المدين من هذه المصروفات إلا بالذي انفقه من وقت اخطاره بالاجراءات التي اتخذها

---

(١) مثلا، منصور / موضع سابق.

الدائن ضده. والحكمة من ذلك أن المدين «إذا اخطره الكفيل بذلك قد يكون لديه من الدفوع ما يتوقى مطالبة الدائن، أو قد يبادر إلى دفع الدين الذي في ذمته[1] ولا تكون هناك حاجة لمصروفات أخرى.

- كذا، يكون للكفيل الرجوع بمصروفات المطالبة الأولى، كمصروفات رفع الدعوى عليه من قبل الدائن بصرف النظر عن اخطار المدين. إذ لا يتسنى في هذا الفرض للكفيل اخبار المدين مقدماً بها[2]، فيرجع بها على المدين، وأن لم يخطره.

المطلب الثاني - دعوى الحلول
L'action en subrogation

- نص قانوني، وتقسيم:

١٠٤ - نصت م ٧٧١ مدني على أنه إذا وفى الكفيل كل الدين أو بعضه، حل محل الدائن في حقه طبقاً لقواعد الحلول القانوني.

- والنص، على هذا النحو، قد أكد في عبارة بليغة موجزة حق الكفيل الموفى الرجوع على المدين وأحال في دعوى الحلول للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول ؛ أي، فيما إذا قام بالوفاء شخص غير المدين.

---

(١) المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة ٧٧٠ مدني/ص٥٤٩/جمال زكي/ص١٣٢/ بند٦٧.

(٢) جمال زكي / مرجع وموضع سابقين. وقرب تناغو/ ص١١٧/بند٥٢ . ومنصور ص١١٠ ومابعدها . والمذكرة الإيضاحية، / ص٥٤٩. وفي القانون المصري يجوز للكفيل الرجوع بالفوائد القانونية على كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع . م٨٠٠/٣ مدني . وفي القانون الفرنسي، للكفيل الرجوع بالتعويض على المدين عن الضرر الذي يلحقه نتيجة كفالة الدين . بلانيول / ريبير / بواسطة سافاتييه/ ١٥٤٠.

١٠٥ - وسوف نعرض فيما يلي لشروط الرجوع بدعوى الحلول - ثم نطاق الرجوع على التفصيل الآتي:

أولاً : شروط الرجوع بدعوى الحلول:

١٠٦ - إذا كان رجوع الكفيل على المدين بدعوى الحلول محل الدائن، محض تطبيق للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول كما قدمنا[١] فإن شروط دعوى الحلول تفريعاً على ذلك هي نفس شروط الوفاء مع الحلول في قواعده العامة.

- وأخذاً من نص م ٣٩٧ مدني[٢]، إذا وفىَّ غير المدين الدائن جزءاً من حقه، وحل محله فيه. فلا يضار الدائن بهذا الحلول. ويكون في استيفاء ما بقي له من الحق مقدماً على من وفاه ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك.

- ومعنى ما تقدم أنه إذا وفى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق قبل المدين. وإذا لم يوف إلا ببعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين.

ويسري نفس الحكم إذا كان الدائن قد استوفى بقية حقه من شخص آخر غير المدين. إلا أنه إذا كان لهذا الشخص حق الحلول أيضاً، فانه يزاحم الكفيل في حلوله محل الدائن. وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من م ٣٩٧ مدني بأنه إذا حل شخص آخر محل الدائن

---

(١) وكما هو إجماع الفقه، تعليقا على نص م٧٧٩ مدني مصري، المقابلة للنص م٧٧١ مدني كويتي، مثلا، توفيق فرج/ ص٧٤/ بند ٧٤.

وكما ورد بالمذكرة الإيضاحية للمادة ٧٧١ / مدني كويتي/ ص ٥٥٠.

(٢) المقابلة للمادة ٣٣٠ مدني مصري.

فيما بقي له من الحق رجع من حل أخيراً، هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة غرماء.

ومجمل القول إذن أنه يشترط في رجوع الكفيل بدعوى الحلول أن يكون الدائن قد استوفى كل حقه أو بعضه على النحو الذي بسطناه أخذاً من القواعد العامة للوفاء مع الحلول.

كذا، يشترط في الرجوع بدعوى الحلول أن يكون أجل الوفاء بالدين قد حل على النحو الذي فصلناه آنفاً.

انما لا يشترط في الرجوع بدعوى الحلول، أن تكون الكفالة قد عقدت دون معارضة المدين كما هو الشأن في الرجوع بالدعوى الشخصية.

كذا، لا يشترط في الرجوع بدعوى الحلول أن يكون الكفيل غير متضامن فيجوز رفع الدعوى أيضاً للكفيل غير المتضامن.

ثانياً - نطاق الرجوع بدعوى الحلول:

١٠٧ - الكفيل يرجع في دعوى الحلول قبل المدين بحق الدائن ذاته. وهو ما عبرت عنه م ٧٧١ مدني بقولها... حل محل الدائن في حقه.

ولما كان حق الكفيل الرجوع بدعوى الحلول محض تطبيق للقواعد العامة للوفاء مع الحلول، فوجب في اعتقادنا، تطبيق هذه القواعد ليس فقط على شروط الدعوى، وانما على نطاقها.

١٠٨- وأخذاً من ٣٩٦ مدني. فان من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه. بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع. ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من حل محل الدائن. وتفريعا على ذلك.

- وعليه، فإن حق الكفيل قبل المدين، يدور، وحق الدائن قبل المدين وجوداً، وعدماً، فإن كان حق الدائن قبل المدين قد انقضى، فلا يجوز للكفيل ان يرجع به[١]. كذا، فان الكفيل يرجع بحق الدائن على المدين بما لهذا الحق من خصائص خاتمة.

- الدعوى الشخصية، ودعوى الحلول، دراسة مقارنة:-

١٠٨مكرراً - إذا كان للكفيل الموفى للدائن الرجوع على المدين باحدى الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول - كما أسلفنا- فإن الفرق بين الدعويين يتمثل فيما يلي:

-أولاً بالنسبة لموضوع كل منهما:

- في دعوى الحول، يحل الكفيل محل الدائن فيما له من حقوق قبل مدينه، وهو يحل محله في الحق، بكل صفاته، وتوابعه، وتأميناته[٢] والكفيل يستفيد من التأمينات إذا رجع بدعوى الحلول، ولا يستفيد منها إذا رجع بالدعوى الشخصية.

وتفسير ذلك، أن الدعوى الشخصية، بعكس دعوى الحلول، ودعوى خاصة ومستقلة عن حق الدائن.

---

(١) وإن أمكنه الرجوع بالدعوى الشخصية إذا لم يرد المدين على اخطار الكفيل له بالوفاء أو لم يعترض على ذلك.

(٢) السنهوري/ ص١٨٤/ بند ٦٧ - وكذا بند ٦٨

ثانيا - وبالنسبة لشروط كل من الدعويين:-

ففي دعوى الحلول، لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين إلا إذا استوفى الدائن حقه كاملاً. بينما يحوز للكفيل الرجوع بالدعوى الشخصية على المدين، ولو لم يوف إلا بجزء من الدين فقط. وله في هذا الفرض مزاحمة الدائن «العادي» عند رجوعه بباقي الدين على المدين ما لم يكن ثمة سبب خاص لامتياز الدائن. ففي هذه الحالة يكون الأخير هو الأولى باقتضاء حقه فلا يتساوى والكفيل الموفي بجزء من الدين[1].

ثالثاً بالنسبة لشروط كل من الدعويين:

ففي دعوى الحلول يجوز لكل من الكفلاء الرجوع على المدين بدعوى الحلول. سواء علم المدين بالكفالة أو لم يعلم بها، أو تمت برغم معارضته. أما بالنسبة للدعوى الشخصية فلا يكون للكفيل الرجوع بها على المدين إلا إذا علم الأخير بالكفالة، أو دون معارضة منه[2]. وإلا انتفت الحكمة التي تقررت لأجلها الدعوى الشخصية - فيما بسطناه آنفا.

(١) السنهوري /ص١٨٤/ بند٦٧

(٢) السنهوري ص١٨١/بند ٦٦- مرقس / ص١٢٢/ بند١٢٠.

المطلب الثالث

رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين:

نص قانوني وتقسيم :-

١٠٩ - نصت م ٧٧٢ مدني على أنه إذا تعدد المدينون في دين واحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم، فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بكل ما وفاه من الدين.

- والنص على ما يبين من عبارته، قد حدد حكم تعدد المدينين مع تضامنهم. إذا كفلهم الكفيل جميعاً بينما سكت عن فروض أخرى، فيها يكفل الكفيل مثلا بعض المدينين المتضامنين، وكذا، حالة، ما إذا كان المدينون غير متضامنين، لذا، يتعين لبيان حكم الفروض الأخرى، التأمل في قواعد الكفالة ذاتها، محمولة على القواعد العامة. وبيان ذلك كالتالي:

أولاً - تعدد المدينين وتضامنهم :

١١٠- إذا كان هناك مدينون متضامنون في دين واحد، فإما أن يكفلهم الكفيل جميعاً، وإما أن يكفل بعضهم فقط. على التفصيل الآتي.

أ- كفالة جميع المدينين:

١١١- إذا كان المدينون متضامنين، وكفلهم الكفيل جميعاً، كان له إذا وفى الدين ان يرجع على أي من هؤلاء المدينين المتضامنين بالدين كله، إما بدعوى الحلول، وإما بالدعوى الشخصية. وهذا هو الفرض الوارد النص عليه بالمادة ٧٧٢ مدني.

فاذا رجع الكفيل بدعوى الحلول، كان له حق الدائن الرجوع على أي مدين متضامن بكل الدين. فإن رجع الكفيل بالدعوى الشخصية،

فمعنى ذلك أنه يرجع بما وفاه من دين المدين. وهذا الدين يشمل الدين كله، لأن كل مدين أخذاً من قواعد التضامن ملزم في مواجهة الدائن بوفاء الدين جميعه[١].

ب - كفالة بعض المدينين :

١١٢- إذا كانت الكفالة لبعض المدينين فقط دون البعض الآخر، جاز للكفيل الرجوع على أي منهم بكل الدين الذي وفاه إما بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول. ولكن - من المسلم به أنه لا يجوز للكفيل الرجوع على مدين متضامن لم يكفله بدعوى الكفالة «الدعوى الشخصية» لأن هذه الدعوى على ما أسلفنا، دعوى خاصة برجوع الكفيل على المدين الذي كلفه - إنما يجوز للكفيل الرجوع على أي من المدينين المتضامنين، ولو لم يكفلهم بدعوى الاثراء بلا سبب إعمالاً للقواعد العامة. وفي رجوعه على المدينين الدين لم يكفله لا يطالب الكفيل إلا بقدر اثراء هذا المدين، وبمعنى آخر بقدر نصيب هذا المدين في الدين مضافاً إليه نصيبه في حصة المعسر من المدينين المتضامن. فهذه «هي حدود مسئولية أي مدين متضامن في علاقته بغيره من المدينين المتضامنين وعلى أساس هذه العلاقة تتحدد درجة اثراءه[٢]».

- وأخذاً من أحكام الدعوى المباشرة، يجوز للكفيل، الرجوع على أي من المدينين المتضامنين، ولو لم يكفلهم، باسم المدين الذي كفله ليحصل على نصيبه في الدين طبقاً للقواعد التي تحكم رجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم[٣].

---

(١) السنهوري /ص١٩٤/ تناغو/ ص١٢٤/ بند ٥٦ - منصور /ص١٠٩

(٢) العبارة حرفياً عن استاذنا الدكتور/ سمير نتاغو/ ص١٢٥/ بند ٥٦ عن القواعد العامة للاثراء بلا سبب، محمولة على تضامن المدينين.

(٣) توفيق فرج/ ص٨٠/ بند ٧٩ - تناغو/ ص١٢٥/ بند ٥٦

وانما يثور التساؤل مع ذلك هل يجوز للكفيل أن يرجع بدعوى الحلول محل الدائن قبل الذين لم يكفلهم؟ وما مدى ما يرجع به الكفيل بدعوى الحلول.

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى الحكم بعدم جواز رجوع الكفيل بدعوى الحلول على مدين لم يكفله[1] بينما يتجه الرأي بعكس ذلك على سند من القول بأن الكفيل ملزم بالوفاء عن المدين الذي كفله، وهو بهذا الوفاء يحل محل الدائن، ومن حل محل الدائن يكون له ذات حقه، وبما يكفل هذا الحق من ضمانات، من ضمنها التضامن بين المدينين. وترتيباً على ذلك فانه يجوز للكفيل الذي حل محل الدائن أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين لأنه وإن لم يكن قد كفل هذا المدين بطريق مباشر إلا أنه قد كفله بطريق غير مباشر[2].

١١٢- أما عن مدى ما يرجع به الكفيل بدعوى الحلول، فمن المسلم به أنه يجوز للكفيل الرجوع على أي من المدينين المتضامنين غير المكفولين بالدين كله فالكفيل كما ذكرنا في رجوعه بدعوى الحلول، يرجع بكل حقوق الدائن ومنها مطالبة أي من المدينين المتضامنين بكل الدين[3] وليس بقدر نصيبه في حصة المعسر. ولو لم يكن قد كفله.

---

(١) نقض قديم ١٩٣٧/١/٧/ أحكام النقض في ٢٥ عاماً/ جـ ٢/ ص٩٣٧ - فيمال نقل عن تناغو / ص١٢٥/ هـ (٢)

(٢) من هذا الرأي في الفقه المصري - السنهوري / ص١٩٧/ منصور/ ص١١١/ بند٩٥ ومن الفقه الفرنسي، بلابنول، ريبر/ بواسطة سافاتيه/ ١٥٤١.

(٣) توفيق فرج/ مرجع وموضع سابقين - تناغو / ص١٢٦/ بند ٥٦ - مرقس / ص١٤٣ وما بعدها.

ثانيا - تعدد المدينين وعدم تضامنهم:

١١٣- إذا وفى الكفيل للدائن، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان المدينون غير المتضامنين، قد ضمنهم الكفيل جميعاً. أو كفل بعضهم فقط وذلك على النحو الآتي:

أ - كفالة جميع المدينين:

١١٤- إذا كان المدينون غير المتضامنين، قد كفلهم الكفيل جميعاً، فانه لا يجوز له إذا وفى الدائن، أن يرجع على أي منهم إلا بقدر نصيبه في الدين. وسواء رجع بالدعوى الشخصية، أو بدعوى الحلول أو حتى أسس رجوعه على دعوى الأثراء بلا سبب في قواعدها العامة. وتفسير ذلك، أن الكفيل إن رجع بالدعوى الشخصية على المدين، فان رجوعه يقوم على ما وفاه من دين المدين وبما أن المدين غير متضامن، فإنه لا يلتزم إلا في حدود حصته فقط.

وإذا رجع الكفيل على مدينه، بدعوى الحلول، فإنه يرجع بدعوى الدائن قبل المدين غير المتضامن، وهو لا يجاوز قدر نصيب هذا المدين في الدين.

فان رجع الكفيل، على أساس الاثراء بلا سبب على المدين، فإن اثراء أي مدين غير متضامن لا يجاوز قدر نصيبه في الدين[1].

ب - كفالة بعض المدينين:

١١٥- إذا كان المدينون غير متضامنين، وكفل الكفيل بعضهم فقط فإنه لا يرجع إلا على من كفله، ولا يرجع عليهم مجتمعين، ولا يرجع على من لم يكفله، لا بالدعوى الشخصية ولا بدعوى الحلول. فإن وفى الكفيل بنصيبهم، أو بنصيب البعض منهم جاز له - حينئذ - الرجوع،

(١) تناغو/ ص١٢٢/ بند ٥٥ - توفيق فرج / ص٧٩/ بند ٧٨

إنما على أساس القواعد العامة في الاثراء بلا سبب. أي بأقل القيمتين، الافتقار أو في الاثراء[1].

المبحث الثالث:
العلاقة بين الكفيل، وغيره من الكفلاء

تمهيد وتقسيم:

١١٦- نلفت النظر بداية بأن الكفيل يحوز له الرجوع على الكفلاء الآخرين، إذا كان قد وفى للدائن بكل الدين. إلا أن الكفيل لا يرجع بدعوى الكفالة على أي كفيل آخر فقد اسلفنا بأن هذه الدعوى نقتصر على رجوع الكفيل على المدين.

وبعكس ذلك، يجوز للكفيل الرجوع على غيره من الكفلاء بدعوى الحلول محل الدائن أو إعمالاً لقواعد الاثراء بلا سبب.

- كما أن أحكام الرجوع تختلف بحسب ما إذا كان غير متضامنين فيما بينهم، أو كانوا متضامنين على النحو الآتي:

أولاً- تعدد الكفلاء وتضامنهم:

١١٧- إذا كان الكفلاء متضامننين فيما بينهم، و وفى أحدهم الدين عند حلوله، كان له أخذاً من نص م٧٦٨ مدني الرجوع على كل من الباقين بحصته في الدين، وبنصيبه في حصة المعسر منهم.

وهذا النص محض ترديد لما سبق أن قرره المشرع بالنسبة لرجوع المدينين المتضامنين على بعضهم البعض، إعمالاً لنص م١/٢٩٧ - إذا

(١) قرب/ توفيق فرج/ ص ٨٠/ بند ٧٩ - منصور/ ص ١٠٨، وما بعدها - تناغو ص ١٢٤/ بند ٥٥.

وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين... فلا يجوز له أن يرجع على أي من المدينين إلا بقدر حصته... ولو كان الموفى قد رجع بدعوى الدائن استناداً إلى ما له من حق الحلول.

- ولا يختلف الحكم كذلك إذا رجع الكفيل على غيره من الكفلاء بدعوى الاثراء بلا سبب حيث لا يتسنى له الرجوع إلا بقدر حصه الكفيل الذي يرجع عليه، ونصيبه في حصة المعسر منهم. فبهذا القدر فقط يتحدد اثراء أي كفيل متضامن يتجه للوفاء الذي يقوم به واحد منهم(١).

بقى أن نوضح بأن التضامن بين الكفلاء، يشتمل على فرصتين: الأول - أن يتعدد الكفلاء لدين واحد وبعقد واحد ويكونوا متضامنين فيما بينهم أو يكون عدة كفلاء التزاموا بعقود متوالية، ولم يحتفظ أي منهم لنفسه بحق التقسيم. فيعتبر كل منهم مسئولاً عن الدين كله، أخذاً من نص م ٧٦٨ مدني(٢).

ثانيا- تعدد الكفلاء وعدم تضامنهم:

١١٨- إذا تعدد الكفلاء لنفس الدين، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم(٣) فإن الدين - على عكس الفرض السابق ينقسم عليهم. فلا يكون أي منهم مسئولاً قبل الدائن إلا بقدر نصيبه ويترتب على ذلك نتائج عدة، إذا وفى أحد هؤلاء الكفلاء غير المتضامنين بالقدر المسئول

---

(١) نبيل سعد/ ص٢٤٨/ بند ٣٢٥ - تناغو / ص ١٢٩/ بند ٥٨

(٢) والمذكرة الايضاحية تعليقاً على النص - ولاتحاد العلة في الحالتين / نبيل سعد/ ص٣٤٩/ بند ٣٢٥ - السنهوري / ص٢٠٢/ بند ٧٧ - تطبقا للمسئولية على سبيل التضامن.

(٣) أي أن يتعدد هؤلاء في دين واحد، وبعقد واحد. أو حتى بعقود متوالية شريطة أن يحتفظ كل منهم بحق التقسيم - السنهوري / ص٢٠١/ بند ٧٦

عنه، ولا يجوز له أن يرجع على الكفلاء الآخرين اعتباراً بأن كلا منهم مسئول - فيما أسلفنا - على نصيبه من الدين- وإذا وفى أحد الكفلاء بكل الدين. جاز له الرجوع على بقية الكفلاء بدعوى الاثراء بلا سبب - في قواعدها العامة -م مدني. إنما في حدود حقيه كل كفيل في الدين. إنما لا يجوز للكفيل الموفى لكل الدين الرجوع بدعوى الحلول محل الدائن، وتفسير ذلك أنه لم يكن أصلاً ملتزماً بالوفاء عن المدين، فيما يجاوز نصيبه من المدين[1].

وأخيراً، إذا اعسر أحد الكفلاء، فإن الدائن يتحمل وحدة حصة المعسر فلا يتحملها بقية الكفلاء.

---

(٢) تناغو / ص١٢٧/ بند ٥٧ - نبيل سعد/ ص ٣٤٧/ بند٣٢٤ «أخذاً من نص م٢٢٦ مدني مصري».

القسم الثاني
التأمينات العينية

- التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي:

١١٩- أشرنا إلى أن المشرع قد عالج التأمينات العينية في القسم الثاني، من مدونة القانون المدني الخاص بالحقوق العينية حيث قسم هذا القسم إلى كتابين: الأول - الحقوق العينية الأصلية. والثاني الحقوق العينية التبعية «التأمينات العينية» [١].

والحقوق العينية التبعية هي الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحقوق الامتياز.

١٢٠ - وسندرس التأمينات العينية، وفقاً للترتيب الذي جاءت به مدونة القانون المدني ونوزع الدارسة على ثلاثة أبواب: الأول في الرهن الرسمي، والثاني في الرهن الحيازي، والثالث في حقوق الامتياز.

---

(١) في تسمية التأمينات العينية، لأنها تمنح الدائن الأمن، كابرياك، ومولاي ص١/ يتذ. وبند٢ وفرق عندهما بين التأمينات، والضمانات/ ص٤/ بند٤ ، وتقرير ختامي لايف شارتييه عن تطور التأمينات في مجلة القضاء التجاري/ ع سبتمبر/ فبراير ١٩٨٢/ ص١٥٠.

الباب الأول. الرهن الرسمي

- نص قانوني، وتعليق:

١٢١ - نصت م ٩٧١ مدني على أن الرهن الرسمي عقد به يكتسب الدائن على عقار حقاً عينياً يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون.

- والنص على هذا النحو يتضمن تعريفاً لعقد الرهن الرسمي باعتباره مصدراً لحق الرهن وبررت المذكرة الايضاحية ذلك بأن مصطلح الرهن كما يطلق على العقد، يطلق على الحق العيني نفسه(١). والواقع أنه إذا كان وصف العقد بأنه رسمي أمراً معقولاً فإن وصف الحق الذي ينشأ عن هذا العقد بأنه رسمي، يبدو - في نظرنا - غير مستساغ، ولعل الأفضل، أن يطلق على الحق الذي ينشأ عن عقد الرهن الرسمي بحق الرهن غير الحيازي(٢).

١٢٢ - كذا، يلاحظ بأن النص، قد عرَّف حق الرهن، عن طريق بيان مضمونه، باعتباره حقاً عينياً يكون للدائن بموجبه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين «أصحاب التأمينات العينية التالين له في المرتبة»، وفي استيفاء حقه من ذلك العقار في أي يد يكون.

- فالتقدم يكون على ثمن العقار المتحصل من بيعه بعد التنفيد عليه وعلى أي مبلغ يحل محل العقار، كالتعويض مثلاً، أو مبلغ

---

(١) المذكرة الايضاحية تعليقاً على نص م٩٧١ مدني/ ص ٧٣٧ - وبلانيول، ويبير/ المطول/ جـ ١٢/ بند ٣٢٥. والنص المقابل في القانون الفرنسي، المادة ٢١١٤ مدني.

(٢) فيما اقترحه البعض ونؤيده، تعليقا على النص المقابل في القانون المصري مثلا، البدراوي/ ص١١ بند ٧ - وقارن، تناغو / ص ١٣٥/ بند ٥٩.

التأمين. وبذا فإن صياغة النص الوارد بالقانون الكويتي أفضل من النص المقابل لها في القانون المصري، «م ١٠٣٠ مدني» الذي أشار إلى أن التقدم لا يكون إلا على ثمن العقار.. وهذا غير صحيح[١] وقد يرد على ذلك بأن النص ينصرف إلى الأغلب الاعم، وهو استيفاء الدائن حقه من ثمن العقار[٢] وعلى فرض التسليم بهذه المسألة فإن النص يكون قاصراً على الحالات الأخرى. وأيا ما كان الأمر فإن تعريف الرهن، يحدد خصائصه على النحو الآتي:

خصائص الرهن الرسمي:

١٢٣- أربع خصائص تميز حق الرهن: فهو حق عيني ، وتبعي وعقاري لا يتجزأ .

أ - فحق الرهن بداية، حق عيني، إذا يخول للدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشيء محل الحق، له أن يستعملها دون وساطة آخر وهذه السلطة على خلاف الحقوق العينية الأصلية لا تخول الدائن الحق في استعمال المال المرهون، أو استغلاله. بل تخول الدائن اقتضاء حقه من المقابل النقدي للشيء محل الحق بالأفضلية على سائر الدائنين العاديين، أو الدائنين المرتهنين اللاحقين له في المرتبة، كما تخوله حق التتبع، إلا أن التقدم يظل جوهر الرهن وأهم آثاره، وما الأول سوى خادم للثاني فيما سنرى لاحقاً[٣].

---

(١) منصور مصطفى / مرجع سابق/ التأمينات العينية/ ط ١٩٦٣/ ص ١٧/ بند٥ البدراوي / ص ١١/ بند ٧ - توفيق فرج/ ص ٩١/ بند ١١٩٣.

(٢) الأمر الذي حدا بالمشرع المصري إلى النص بع دذلك بالمادة ١٠٥٦ مدني على أن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار، أو من المال الذي حل محل نقدا العقار - السنهوري / ج١٠ / ص٢٧٠/ هـ (٢) - ودفاعا عن نص م١٠٣٠ مدني مصري - تناغو / ص١٣٦ «الثمن، كقيمة نقدية للعقار..».

(٣) وقرب كابرياك، ومولاي / ص ٣٩٦/ بند ٥١١.

ب - حق تبعي: بمعنى أن الرهن الرسمي لا يقوم إلا تبعاً لحق أصلي، يدعمه، ويضمن الوفاء به. لذا فإن الرهن يتبع الحق في وجوده، وصحته وانقضائه - م٩٨٣/١ مدني مالم يرد نص بخلاف ذلك.

جـ - كذا، فإن حق الرهن الرسمي حق عقاري،لايرد على المنقول وإن استثنى من ذلك بعض المنقولات التي رسم لها القانون طريقة خاصة من طرق الشهر أو العلانية، كالسفينة، والمحل التجاري[1].

د - وأخيراً، فحق الرهن، غير قابل للتجزئة. بمعنى أنه يثقل العقار المرهون بأكمله، وفاء لكامل الدين أي إلى أن يستوفي المرتهن جميع الحق المضمون وتأكيدا لذلك، نصت م٩٨٢ مدني على أن «كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك». ومفاد النص، أن الرهن لا يتجزء لا من حيث العقار المرهون، ولا من حيث الدين المضمون:

أ - فمن حيث العقار المرهون، فان كل جزء منه يضمن الدين بأكمله، بحيث أنه إذا كان المرهون ضماناً للدين عدة عقارات، كان للدائن التنفيذ بحقه كاملاً على أي منها، من دون أن يجبر على واحد منها بالذات. وإذا باع الراهن أحد عقاراته الوارد عليها الرهن، كان

(١) جمال زكي / ص ١٦١/ بند ٨٠ وبعده - البدراوي / ص ١٣ / بند ٨ - نبيل سعد ص ٣٤/ بند ١٥.

(٢) وليس من الجائز رهن المنقول بصفة عامة، الا رهناً حيازياً، بحيث تنتقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، فتقوم الحيازة مقام الشهر بالنسبة للعقارات / والبدراوي/ ص١٢/ بند٨. وعكس ذلك يرى البعض أن الحيازة ليست ركنا في الرهن الحيازي، لكنها الأثر المباشر لهذا العقد/منصور/ص٦٧. وسواء كان انتقال الحيازة ركنا، أو أثرا في عقد الرهن الحيازي، فإنها تحقق في نظرنا، نفس أهداف الرسمية من الرهن الرسمي «التنبيه لخطورة العمل».

للدائن المرتهن التنفيذ بكل دينه على العقار المبيع تحت يد المشتري «حائز العقار المرهون» من دون معارضة الأخير.

ب – ومن حيث الدين المضمون، يكون أي جزء منه مضموناً بالعقار المرهون كله، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين لم تبرأ العقارات المرهونة بنسبة ما أوفى، وإنما تظل جميعها ضامنة لما بقى من الدين.

ونلفت النظر، إلى أن مبدأ عدم جواز تجزئة الرهن ليس من النظام العام، وبذا، يجوز الخروج وعليه باتفاق المتعاقدين، سواء فيما يتعلق بالدين المضمون أو بالعقار المرهون.

- خطة الدراسة:

١٢٣- تناول التقنين المدني الرهن الرسمي في فصول ثلاثة: الأول، يتعلق بانشاء الرهن – م٩٧١ إلى م ٩٨٣ والثاني، في آثار الرهن م ٩٨٤ إلى م١٠٢٣ والثالث لانقضاء الرهن م١٠٢٤ إلى م ١٠٢٦.

– وتبعاً لذات الترتيب الوارد بالتقنين المدني، نوزع داستنا على فصول ثلاثة الأول لانشاء الرهن والثاني لبيان آثاره «فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير» أما الفصل الثالث فنخصصه لانقضاء الرهن.

الفصل الأول
انشاء الرهن

١٢٤ - نسارع إلى التنويه - في البداية - بأنه لا يكفي لابرام عقد الرهن، توافر الشروط الموضوعية العامة «أي المقررة في القواعد العامة للعقود» أوتلك الخاصة بالرهن الرسمي «المتعلقة بالدين المضمون، وبالعقار المرهون بل يلزم فوق ذلك توافر الشكل اللازم لإبرام عقد الرهن[1].

- ونقسم دراستنا إلى مبحثين، نعرض في الأول منهما للشروط الموضوعية لابرام الرهن، وفي الثاني، للشروط الشكلية.

المبحث الأول
الشروط الموضوعية

١٢٥- ذكرنا بأن ابرام عقد الرهن، يرتبط بتوافر الشروط الموضوعية العامة، من رضاء ومحل، وسبب، وهي ذاتها اللازمة لابرام العقد، في قواعده العامة.

وإلى ذلك، فقد اختص المشرع الرهن الرسمي بقواعد خاصة، سواء من حيث الدين المضمون «قاعدة التخصيص» أو من حيث العقار المرهون.

١٢٦- وسوف نعرض، بداية ، للشروط الموضوعية العامة لابرام الرهن - مطلب أول - ثم الشروط الخاصة بالرهن الرسمي - مطلب ثان.

---

(١) المادة ١/٩٧٢ مدني، وسنرى بأن الشكل مزدوج يشمل الرسمية، والتخصيص.

المطلب الأول
الشروط الموضوعية العامة

١٢٧- يشترط لانعقاد الرهن، وجود الرهن، ومحل ، وسبب يتوافر بهما الشرائط القانونية. كما يشترط لصحة الرهن، أن يصدر الرضابة سليماً من العيوب من شخص تتوافر فيه الأهلية.

ونرجيء الحديث عن المحل، إلى المطلب الثاني حين لا نرى فيما يتعلق بالسبب ما يتخصص به الرهن عن سائر العقود ونحيل في المسألة إلى المؤلفات العامة في نظرية الالتزام. ولا يبقى إلا أن نعرض من الشروط العامة سوى لوجود الرضا، وسلامته.

- كما يشترط فضلاً عن ذلك شرائط خاصة تتعلق بالدين المضمون، وبالعقار المرهون.

الفرع الأول - وجود الرضى، وسلامته:

نعرض بداية، لوجود الرضى، ثم أهلية مباشرة عقد الرهن.

أولا - وجود الرضا:

١٢٨ مكررا - المقصود بوجود الرضا كشرط لانعقاد الرهن، أن يتبادل طرفا العقد «الدائن المرتهن، والمدين الراهن» التعبير عن إرادتين متطابقتين[١]. وإذا كان الغالب عملاً أن يصدر الرضى من المدين الراهن، فليس ثمة ما يمنع أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين «الكفيل العيني» الذي يقرر رهناً رسمياً على عقار يملكه ضماناً للوفاء بدين على غيره [٢].

---

(١) مع مراعاة الرسمية، على ما سنرى حالاً - م ١/٩٧٢ مدني.

(٢) فيما أسلفنا/ ص٥٨/ بند٧٢.

ولذا، ورد بنص م٩٧٣ مدني بأنه يجوز أن يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز أن يكون شخصاً آخر يقدم رهناً لمصلحة المدين.

وكما يصح الرهن، بتبادل طرفا العقد، إيجاباً، وقبولاً. متطابقين بأنفسهما يجوز كذلك أن يصدر التعبير عن الإرادة ممن ينوب عنهما، اتفاقاً «بالوكالة» أو قانوناً «بالولاية» على أن الوكيل لا يستطيع أن يرهن عقاراً لموكله إلا إذا صدر توكيل خاص بذلك - م١/٧٠٢ مدني باعتبار أن الوكالة العامة لا تخول للوكيل، إلا أعمال الإدارة.

وأخذاً من نص م ٧٠٠ مدني التي تستلزم في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني الذي يكون محلاً لها، فإن التوكيل بالرهن يجب أن يكون رسمياً.

ثانيا - أهلية ابرام عقد الرهن:

١٢٩- أكدنا بأنه يشترط لانعقاد الرهن توافر الرضاء بين طرفيه. ويشترط لصحة العقد، صدوره من شخص أهل لمباشرته، على التفصيل الآتي بيانه.

- بالنسبة للراهن، يجب أن يكون أهلاً للتصرف، سواء كان الراهن هو المدين، أو غيره، «كفيل عيني» وتفسير ذلك أن الرهن تصرف يدور بين النفع والضرر بالنسبة للمدين الذي يرهن عقارا مقابل الحصول على الأئتمان من الدائن. لذا، يجب أن يكون كامل الأهلية وعليه فإن القاصر المأذون له بالإدارة «لبلوغه ثماني عشرة سنة لا يكون أهلاً لرهن عقار من عقاراته».

---

(١) أما الوكالة عن الدائن المرتهن فيكفي أن تكون وكالة خاصة، البدراوي/ ص ١٨ بند ١٣ - نبيل سعد/ ص ٣٩/ بند ١٨.

(٢) مع مراعاة ما تقضي به م ٧٠٣ مدني.

- وإذا كان الراهن، غير المدين، كفيل عيني مثلاً، فإن العقد، بالنسبة له أما أن يكون ضاراً ضرراً محضاً، «اذا رهن متبرعاً» أو يدور بين النفع والضرر، إذا تقاضى مقابلاً. فإن لم تتوافر الأهلية في التبرع، وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، وإن لم تتوافر الأهلية في التصرف بمقابل وقع باطلاً بطلاناً نسبيا[1].

- أما بالنسبة للدائن المرتهن، فيصح عقد الرهن لمجرد أن يكون المرتهن مميزا، «أي أن يتوافر لديه أهلية مباشرة الأعمال النافعة نفعاً محضاً. وتفسير ذلك أن عقد الرهن الرسمي يلزم الراهن، ولا يلزم المرتهن.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة بالرهن الرسمي:

١٣٠- ثمة شروط خاصة فيما ذكرنا تحكم وجود الرهن، وصحته، بخلاف الشروط العامة. وهذه الشروط يتعلق بعضها بالدين المضمون بالرهن، وبعضها بالمال المرهون. والأولى تقوم على تبعية الرهن للدين المضمون. بينما تتعلق الثانية بما ورد في نص م٩٧٦ مدني من شروط خاصة بالمال المرهون. ونفصل كل طائفة من الشروط الخاصة على النحو الآتي بيانه:

الفرع الأول - الشروط الخاصة بالدين بالمضمون.

- عقد الرهن تابع للالتزام الأصلي، وجميع الالتزامات يجوز ضمانها عن طريق الرهن يصرف النظر عن مصدرها .

---

(١) منصور / ص ٢٠/ بند ٨ - ومرقس / ص ٣٢/ بند ٢٣ - والبدراوي / ص ١٧/ بند ١٢، نبيل سعد/ ص ٤٢/ بند ٢١.

أولا : تبعية الرهن للدين المضمون:

١٣٢- الرهن يتبع الدين المضمون، وجوداً، وعدماً. ومفاد ذلك أنه إذا كان الالتزام الأصلي صحيحاً، صح الرهن، وإن كان باطلاً كان الرهن باطلاً وإذا انقضى الدين انقضى الرهن تبعاً له. وتبعية الرهن للدين المضمون «أو للالتزام الأصلي» يتحقق بصرف النظر عما إذا كان الراهن هو المدين أو غيره ويترتب على ذلك نتيجة موادهاأنه يجوز للكفيل العيني «كراهن، غير مدين» أن يتمسك بأوجه الدفاع المتعلقة بالدين، فضلاً عن تمسكه بأوجه الدفاع الخاصة به م ٢/٩٨٣ مدني، وتأكيداً لذلك نصت م ٩٨٣ مدني على أنه، يكون الرهن تابعاً للدين المضمون في وجوده، وفي انقضائه ما لم ينص النص القانون على غير ذلك[1].

ولما كان الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون. فمعنى ذلك، أنه إذا كان العقد الذي انشأ الالتزام الأصلي باطلاً، أو صورياً صورية مطلقة كان الرهن باطلاً، فإن كان قابلاً للابطال، فلا يبطل عقد الرهن إلا إذا تقرر بطلان الالتزم الأصلي، أخذاً من قاعدة أن العقد القابل للابطال كالعقد الصحيح إلى أن يتقرر ابطاله، وكالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بعد أن يتقرر بطلانه.

- وإذا انقضى الالتزام الأصلي لأسباب أخرى، كوفاء أو مقاصة، انقضى عقد الرهن. وإعمالاً لمبدأ التبعية، فإن دعوى الرهن «وهي دعوى عينية» تتبع دعوى الدين «وهي دعوى شخصية» فلا توجد الأولى قبل قيام الثانية، وتنقضي بانقضائها وليس معنى ذلك، ضرورة توجيه

(١) بينما وردت صياغة المادة ١٠٤٢ المقابلة في القانون المصري أكثر تعبيراً عن مبدأ التبعية بنصها على أنه لا يفصل الرهن عن الدين المضمون...»

الدعويين إلى نفس الشخص. صحيح أن الغالب عملاً، أن يوجههما الدائن إلى المدين الراهن ومع ذلك يمكن توجيههما إلى شخصين مختلفين في الحالة التي يكون فيها الراهن، غير المدين، الكفيل العيني فبينما توجه الدعوى الشخصية ضد المدين ، توجه الدعوى العينية ضد الكفيل العيني. وهو ما يتحقق كذلك إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى آخر كحائز كالمشتري، والموهوب له، على ما سنرى حالاً. وعندئذ يقوم الدائن المرتهن بتوجيه الدعوي الشخصية ضد المدين، بينما يوجه الدعوى العينية ضد الحائز[1].

ثانيا - الالتزامات الجائز ضمانها بالرهن:

١٣٣- القاعدة أن جميع الالتزامات الصحيحة، يجوز ضمانها بالرهن. بصرف النظر عن مصدرها، أو محلها، كذا يصح الرهن ضماناً لالتزام مستقبل أو احتمالي، أو لالتزام طبيعي «فيما يراه البعض»[2].

وجميع الالتزامات أيا كان مصدرها، يجوز ضمانها بالرهن، أي سواء نشأت عن تصرف قانوني أو فعل نافع، أو فعل ضار أو بنص القانون.

- ويجوز أن يكون الالتزام مضموناً بالرهن بصرف النظر عن محله، أي سواء كان محل الالتزام عملاً، أو امتناعاً عن عمل، أونقل ملكية، أو انشاء حق عيني. فلا يشترط أن يكون محل الالتزام المضمون مبلغا من النقود بل يجوز أن يقرر الرهن ضماناً لإيراد مرتب مدى

---

(١) البدراوي / ص ١٩/ بند ١٤.

(٢) ثروت حبيب / رسالة من جامعة المنصورة في الالتزام الطبيعي / من بند ١٧١ إلى ١٧٣ . وتفاصيل أخرى في نبيل سعد / ص٤٥ / بند ٢٥، الذي اشار الى الفقه المؤيد لذلك من الحاشية (٦) موضع سابق.

الحياة. وحيث يظل الرهن قائماً إلى أن ينتهي الالتزام بدفع الايراد[1].

١٣٤- ويجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط، «سواء كان الشرط واقفا أو فاسخاً، وفي هذا الفرض، يتوقف مصير الرهن على الدين المضمون. وتحسب مرتبة الرهن من يوم عقده لا من وقت تحقق الشرط[2]. ويجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين مستقبل كضمان لاعتماد مفتوح أو دين احتمالي كضمان لفتح حساب جاري، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين م٩٨١ مدني. والأمر في الواقع لا يخرج عن أحد فرضين: الأول أن تحدد مدة معينة لنشأة الدين المستقبل، أو الاحتمالي. وعندها، لا يضمن الرهن إلا ما ينشأ خلال هذه المدة. والثاني، إلا تحدد مدة لنشأة الدين، وعندئذ، يبقى الرهن قائماً لضمان ما ينشأ في أي وقت مستقبل، إنما يجب أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون، أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين. وقد اسلفنا بأن مرتبة الدائن المرتهن، تتحدد من يوم قيد الرهن لا من يوم نشوء الدين وهو ما أكدته م ١٠٠١ مدني بقولها تحسب مرتبة الرهن من وقت قيده، ولو كان الدين المضمون بالرهن دينا مستقبلا، أو احتمالياً.

١٣٥- أما بخصوص الالتزام الطبيعي «وفيه عنصر المديونية، دون المسئولية» فيرى البعض بأنه يجوز ترتيب الرهن ضماناً للالتزام الطبيعي على سند من القول بأن تقديم المدين رهناً معناه تعهد منه بوفاء الالتزام الطبيعي، ينقلب به إلى إلتزام مدني فيكون الرهن عندئذ

---

(١) البدراوي / ص ٢٠ / بند ١٥ ـ في تفاصيل أخري.

(٢) المذكرة الإيضاحية تعليقاعلى نص م ٩٨١ مدني.

ضامناً في الواقع لالتزام مدني، لا لالتزام طبيعي[1].

الفرع الثاني - الشروط الخاصة بالمال المرهون:

نص قانوني: وتقسيم :

١٣٦- نصت م ٩٧٦ مدني على أنه لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي إلا على عقار، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

- ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني وأن يكون معيناً بالذات تعينياً دقيقاً من حيث طبيعته، وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق والاوقع الرهن باطلاً». وهذا هو الشرط الأول.

- بينما نصت المادة ٩٧٤ مدني على أنه «إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا اقره بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون، وإذا لم يصدر هذا الاقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن». فدل ذلك على أن الأصل أن يكون العقار مملوكاً للراهن.

- وأخيراً، فيجب أخذاً من القواعد العامة أن يكون العقار موجوداً وقت الرهن، أو قابلاً للوجود[2].

---

(١) انظر الحاشية رقم (١)/ ص١٠.

(٢) بعكس المادة ١٠٣٣ مدني مصري التي نصت في فقرتها الثانية على بطلان رهن المال المستقبل خروجا على الأصل العام المقرر بالمادة ١/١٣١ مدني ولم يرد مثل هذا النص بالقانون الكويتي، فوجب تطبيق الاصل العام، ولو اراد المشرع تقرير بطلان رهن المال المستقبل لنص على ذلك سراحة. ومن ناحية أخرى، فقد كان رهن المال المستقبل باطلاً في قانون التأمينات العينية القديم، م٥، بينما سكت التقني الحالي عن ايراد حكم في المسألة، فوجب تفسيرالسكون على الاصل العام المقرر بالمادة ١٦٨ مدني كويتي.

- وفضلاً عما ورد بالنصوص المذكورة بخصوص شروط المال المرهون نصت المادة ٩٧٧ مدني على ملحقات الرهن، بقولها يشمل الرهن الرسمي ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً. ويشمل بوجه خاص الابنية، والأشجار التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون، أو تستحدث بعده، وحقوق الاتفاق ، والعقارات. بالتخصيص، وجميع التحسينات، والانشاءات التي تجري في العقار المرهون وذلك كله ما لم يتفق على غيره، ومع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين، أو المهندسين.

١٣٧- وسوف نعرض بداية للشروط الواجب توافرها في المال المرهون، ثم امتداد الرهن لمشتملات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً.

المحور الأول - شرائط المال المرهون:

١٣٨- يتضح من النصوص السابقة أن المال المرهون يجب أن يكون عقاراً مما يصح التعامل فيه، وبيعه بالمزاد العلني، كما يجب أن يكون بحسب الأصل مملوكا للراهن. وأن يكون موجوداً وقابلاً للوجود على التفصيل الأتي:

أولا - يجب أن يكون المرهون عقاراً:

١٣٩- لا يرد الرهن الرسمي إلا على العقارات ما لم يوجد نص بغير ذلك فلا يصح رهن المنقول وهناً رسمياً[١] ولا رهن الديون، ولا رهن حق المستأجر بوصفه حقاً شخصياً منقولا ولو كانت العين المؤجرة عقاراً. ولا يصح رهن الحقوق الأدبية وهناً رسمياً.

- ومع ذلك يجوز رهن بعض المنقولات، رهناً رسمياً، ومن ذلك مثلا، السفينة م ٦١ من قانون التجارة البحرية والمحل التجاري - «م ٤٠ من قانون التجارة».

(١) في أسباب ذلك / جمال زكي / ص ١٩٨ / بند ١٠٢.

- ويترتب على عدم جواز رهن المنقولات رهناً رسمياً، عدم جواز رهن المنقولات المعتبرة عقاراً بالتخصيص مستقلة عن العقار المرصودة لخدمته أو استغلاله. والسبب في ذلك أن هذه المنقولات تظل محتفظة في ذاتها بصفتها المنقولة، بحيث لا تستمد صفتها العقارية إلا من رصدها لخدمة عقار، أو استغلاله. فاذا رهن العقار شمل الرهن ما التحق به من عقارات بالتخصيص [١][٢]. والحكمة في قصر الرهن الرسمي على العقارات، أن الرهن يهدد مصالح الغير كونه يخول الدائن المرتهن التقدم على غيره من الدائنين العاديين. فضلا عن تتبع العقار، والتنفيذ عليه في مواجهة الخلف الخاص للمدين الراهن وبذا، ينصرف آثار الرهن إلى الغير. وحماية لهؤلاء، وجب تنظيم الرهن، عن طريق شهره بحيث يتسنى للغير العلم بالرهون التي تثقل أموال المدين الراهن والقول بغير ذلك يهدد الائتمان الخاص، والائتمان الوطني في مجموعه.

تطبيقات :

١٤٠ - يتعين التسليم بداية بأن أي عقار يجوز رهنه بما في ذلك المباني المقامه على ملك الغير، كما يجوز رهن الرقبة بالنسبة للعقار الوارد عليه حق الانتفاع من جانب مالكها، ويجوز رهن حق الانتفاع إن كان مقرراً على عقار.

أ - رهن البناء مع الأرض،أو مستقلا عنها:

١٤١ - نصت م ٩٧٨ مدني على أنه يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهناً رسمياً. وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقاض إذا هدمت

(١) وفي معنى العقار بالطبيعة / م٢٤/١ مدني. والعقار بالتخصيص م٢٥ مدني.

(٢) ونقض ١٩٥٤/١/١٤/ احكام النقض / س٥/ ص ٤٢٠/ رقم ٦٢.

المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الارض إذا استبقى المباني[1].

- ومعنى النص، أنه إذا كان الباني غير مالك للأرض، فإن رهن البناء في ذاته يقع صحيحاً، محدوداً بحقوقه، فيبقى الرهن ما بقيت المباني قائمة، في ملك الراهن ولم تنتقل ملكيتها بالالتصاق لصاحب الأرض[2] ويكون للدائن المرتهن التنفيذ عليها، واستيفاء حقه من ثمنها بعد بيعها جبراً بالطريق العادي.

- فاذا رسا المزاد على غير صاحب الأرض، فإن ملكيته للبناء تكون مؤقته ويجوز لصاحب الأرض، تملك المباني في الموعد المحدد مع دفع التعويض لمن رسا عليه المزاد إعمالاً لأحكام الالتصاق.

- فاذا انتقلت ملكية البناء لصاحب الأرض وهو الأصل العام في البناء على ملك الغير، فإن الرهن ينقضي بالنسبة للبناء، وينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض المستحق للباني بما له من أولوية، أو تقدم اما إذا نزعت المباني إعمالاً لنص م ٨٨٢ مدني بصفة خاصة فان للمرتهن في هذه الحالة حق التقدم على ثمة الانقاض[3]. ويستنتج من ذلك أن مالك الأرض إذا اكتسب ملكية المباني، أو هدم البناء نفسه، انقضى حق الدائن المرتهن في شقه الخاص بحق الشبع، بينما يجوز له الاحتفاظ بالأولوية أو بحق التقدم، فيباشره، أما على مبلغ التعويض، الذي يؤول للباني، أو على ثمن الانقاض إذا هدم البناء اعمالا لاحكام البناء في ملك الغير - م٨٨٢ وبعدها - مدني.

---

(١) أي وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق - وانظر النص المقابل في القانون المصري - م١٠٢٨ - وشكري سرور / ص٥٢/ بند ٧٢ - وبعده.

(٢) اعمالا لنص م ٨٨١، م٨٨٢ مدني، ومن قبل اعمالا لقاعدة أن كل ما علي الأرض، أو تحتها من بناء او منشآت اخرى يعتبر من عمل صاحب الارض اقامه على نفقته، ويكون مملوكا له م٨٨٠ مدني.

(٣) المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص م٩٧٨ مدني / ص ٧٤٠.

والنص لا يتعلق في نظرنا إلا بالبناء على أر ض الغير، فلا يمتد ليشمل الغراس إذا كان ملكاً لغير صاحب الأرض. ولو أراد المشرع جواز رهن الغراس مع الأرض، أو مستقلاً عنها لنص على ذلك صراحة(١).

ب ـ رهن حق الانتفاع.

١٤٢- ذكرنا بأنه في العقارات المقرر عليها حق انتفاع، يجوز بداية للمالك رهن الرقبة. فإذا انقضى حق الانتفاع، فإن الرهن يمتد كذلك إلى حق الانتفاع بوصفه تابعاً للرقبة. ومقابل ذلك، لا يجوز للمالك ملكية تامة رهن الرقبة وحدها، ولا رهن حق الانتفاع وحده(٢).

– كذا، يجوز للمنتفع رهن حق الانتفاع متى كان مقرراً على عقار – على أن الرهن في هذه الحالة يتبع الانتفاع في مصيره بحيث ينقضي الرهن بانتهاء مدة الانتفاع، وينقضي في كل الحالات بموت المنتفع م ٩٥٢ مدني أما إذا انقضى الانتفاع بحكم القضاء لاساءة المنتفع استعمال الشيء، أخذاً من نص المادة ٢/٩٤٧ مدني. فإن ذلك لا يخل بحق الدائن المرتهن، فيعود حق الانتفاع إلى مالك الرقبة محملاً بما عليه من حق الرهن. ويجوز للدائن المرتهن، الحجز على حق الانتفاع، وبيعه بالمزاد العلني، واستيفاء حقه من ثمنه. وينطبق الحكم السابق ، إذا انقضى حق الانتفاع بنزول المنتفع عنه لمالك الرقبة شريطة أن يكون الرهن قد تقرر مثل تسجيل النزول من قبل المنتفع. وإذا انقضى الانتفاع باتحاد الذمة «وهو الفرض الذي يتحقق إذا رهن المنتفع حقه ثم الت إليه ملكية رقبة العقار. فلا يتأثر حق الدائن المرتهن، برغم

(١) عكس ذلك في القانون المصري /البدراوي / ص٢٥/ بند ١٨ ـ وتفاصيل أخرى، منصور /ص٤٩ ـ تناغو/ص ٢٠٠.

(٢) باعتبار أن وجود حق الانتفاع يرتبط بمال الغير ـ وانظر.

انقضاء حق الانتفاع[1].

ثانيا - أن يكون العقار مما يصح، بيعه استقلالاً بالمزاد العلني:

- وهذا الشرط، ورد النص عليه بالفقرة الثانية للمادة ٩٧٦ مدني، بقولها... ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني[2] وتفريعاً على ذلك، لا يجوز رهن الأموال العامة، ولا رهن الاموال الموقوفة ولا يجوز - في نظر البعض - رهن المال المقيد بشرط المنع من التصرف[3].

كذا، فإن ما لا يصح بيعه استقلالاً ، لايصح رهنه، ومثال ذلك من حق الاتفاق. يمكن بيعه بالمزاد مستقلاً عن العقار كذا، لا يجوز رهن الرهن الرسمي، حيث لا يمكن بيعه مستقلا. وكل ما للدائن المرتهن إن أراد الحصول على ائتمان الحق في رهن الدين المضمون، رهناً حيازياً، إلى آخر على أن يكون للأخير.

من التأمين العيني الذي يضمن الدين المرهون بما في ذلك حق الرهن الرسمي الضامن له ولا يجوز- لذات العلة - رهن الرهن الحيازي، ولا حقوق الامتياز.

---

(١) كون الانتفاع لا يظهر في الملكية التامة كما ذكرنا.

(٢) بينما ورد النص المقابل بالقانون المصري ـ على أنه يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه، وبيعه بالمزاد العلني .....» م ١٠٣٥/٢ مدني ـ وعبارة «مما يصح التعامل فيه. فضله وزائده، ويمكن الاستغناء عنها، فكل ما يتم بيعه بالمزاد العلني، يصح التعامل فيه ... ولذا، فإن صياغة المادة ٩٧٦، افضل من النص المقابل في القانون المدني المصري ـ عكس ذلك ـ ضمناً ـ توفيق فرج / ص ١٠٨/ بند ١٠٢، وبند ١٠٣.

(٣) في هذا الرأي، البدراوي / ص ٢٦ / هـ (٢) ـ ومرقس /ص ٢٧/ ص٣٨. ومنصور/ ص٢٦/ بند ١١ ـ ويستند البعض في ذلك لتبرير الفرق بين ما لا يجوز التعامل فيه، وما لا يجوز بيعه بالمزاد العلني / البدراوي / مرجع وموضع سابقين.

- ولا يجوز رهن حق الاستعمال، وحق السكنى الواردين على عقار باعتبار أنهما من الشخصية، التي لا يحوز كقاعدة عامة النزول عنها.

والحكمة من الشرط المذكور، لا تخفى لأنه إذا لم يكن ممكناً بيع العقار استقلالاً بالمزاد العلني. فإن الغرض من الرهن لا يتحقق من حيث امكان استيفاء الدائن لحقه من ثمن العقار بعد بيعه. باعتبار أن العقار المرهون ضامن للوفاء بالدين، إذا لم يقم به المدين في الميعاد المحدد. وهو لا يتحقق إلا إذا كان العقار مما يصح بيعه استقلالاً بالمزاد العلني. فهو شرط وثيق الصلة بالغرض من الرهن الرسمي. وهذا الشرط لا يتحقق إذا كان العقار مما لا يحوز التعامل فيه إطلاقاً، أو كان بيعه بالمزاد العلني محظوراً[1].

ثالثا: أن يكون العقار المرهون موجوداً، أو قابلاً للوجود:

١٤٤ - قدمنا بأنه لم يرد نص خاص بالقانون المدني يبطل رهن المال المستقبل فوجب لذلك تطبيق القواعد العامة التي تجيز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً. (م١٦٨ مدني) فالسكوت يحمل على الأصل العام ولو أراد المشرع حظر رهن المال المستقبل،لنص على ذلك صراحه[2].

---

(١) توفيق فرج. ص١٠٩ / بند ١٠٣.

(٢) على عكس قانون التأمينات العينية السابق /م٥ - وعلى عكس المادة ٢/١٠٣٣ مدني مصري ونصها: يقع باطلا رهن المال المستقبل، واستند المشرع المصري في حظر رهن المال المستقبل الى اعتبارات، حماية الراهن من اندفاعه، وعدم تبصره بخطورة ما يقدم عليه من رهن الاموال المستقبلة و«حتى لا يقع ضحية لاستغلال المرابين». وهي اعتبارات رفضها المشرع الكويتي، فسكت عن حكم رهن المال المستقبل، وسكوته، فيما اشرنا يحمل على القاعدة العامة للمادة ١٦٨ مدني، التي تجيز أن يرد العقد على شيء مستقبل ما لم يكن وجود هذا الشيء رهينا بمحض الصدفة استنادا الى اعتبارات توسيع نطاق الائتمان. وتشجيعه - سابقاً/هـ(٢))/ص١٣٣.

والمال المستقبل، قد يكون غير موجود فعلاً وقت ابرام العقد، انما من المحتمل وجوده فيما بعد. ومن ذلك مثلاً بناء يزمع الشخص إقامته، أو حاصلات زراعية، لم تغرس بعد ولذا يجوز - أخذاً من القواعد العامة للشخص رهن بناء بقيمة مستقبلاً، شريطة أن يحدد هذا البناء تحديداً دقيقاً من حيث طبيعته، موقعه، وإلا ابطل الرهن، استناداً إلى قاعدة أخرى هي عدم تخصيص الرهن. وتفريعاً على ذلك، إذا رهن شخص ما عسى أن يؤول إليه مستقبلاً من أموال عقارية، بدون تحديد، فإن الرهن يكون باطلاً، ليس باعتباره، رهنا لمال مستقبل، وانما لمخالفة مبدأ تخصيص الرهن - م ٩٧٦ مدني.

- وسنرى أن المشرع قد طبق ذات القاعدة بالنسبة للرهن الحيازي. فأجاز رهن المال المستقبل رهناً حيازياً، والفرق بين الرهن الرسمي، والرهن الحيازي أن الثاني بعكس الأول لا يخضع لقاعدة التخصيص. بما يقطع بعدم التعارض بين التخصيص، ورهن المال المستقبل[(١)].

رابعا : أن يكون العقار المرهون مملوكاً للراهن:

نص قانوني، تقسيم:

١٤٥- نصت م ٩٧٤ مدني على أنه إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فان عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون. وإذا لم يصدر هذا الاقرار، فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن.

(١) في تبرير آخر / أبو الليل / ص ٤٠ / هـ (١).

- ومفاد النص، أن الأصل العام، ملكية الراهن لما يرهن. فالشخص لا يستطيع أن يقرر رهناً على ما لا يملكه، ولا يستطيع أن يقرر رهناً على أكثر مما يملكه. فإذا صدر الرهن من غير مالك العقار، فالأصل عدم نفاذه في حق المالك ما لم يقره، وما لم يتملك الراهن العقار المرهون بعد العقد. ويستثنى من ذلك ما ورد بنص المادة ٩٧٥مدني.

١٤٦- وسوف نعرض بداية لحكم رهن ملك الغير ثم استثناءات أخرى ترتبط بملكية الراهن لما يرهن على التفصيل الآتي:

أولاً : رهن ملك الغير:

١٤٧- لبيان حكم رهن ملك الغير، يتعين التمييز بدقة بين أثره في علاقة طرفيه « المرتهن، والراهن»، وأثره في مواجهة المالك الحقيقي:

١- حكم رهن ملك الغير في علاقة طرفيه:

١٤٨ - رهن ملك الغير صحيح غير باطل في العلاقة بين المرتهن، والراهن. ومن شأن ذلك أن يرتب كافة الآثار الشخصية التي يرتبها عقد الرهن، دون الآثار العينية. ومع ذلك يجوز للمرتهن، أخذاً من القواعد العامة - أن يطلب ابطال الرهن على أساس الغلط كونه مثلاً، يجهل وقت ابرام عقد الرهن - عدم ملكية الراهن للعقار المرهون إنما لا يجوز للدائن المرتهن - مبدئياً - طلب الابطال لمجرد أن الرهن يرد على عقار مملوك للغير. كذلك يجوز للراهن التمسك بابطال عند

(١) ويقابل النص المذكور، نص المادة ١/١٠٣٣ مدني مصري - ولا مقابل لهذا النص في القانون الفرنسي / بلانبول، وريبير/ المطول / ج١٢ بند ٤٢٠ - وان ورد النص بالمادة ٢١٢٩ مدني، على وجوب تملل الراهن للعقار المرهون انما بصورة ضمنية، وغير مباشرة، ومن الفقه من يرى أن رهن ملك الغير باطل بطلانا نسبيا/ السنهوري/ بند ١٣٨/ عبد الفتا عبد الباقي والبدراوي/ بند ٢٢/ وعكس ذلك جمال زكي/ بند ٩٨، ويري أنه «غير نافذ في مواجهة المالك قبل القضاء بإبطاله / ص ١٩٣.

الرهن، إذا كان لا يعلم أنه يرهن ملك الغير، إذا كان المرتهن واقعاً في نفس الغلط أو كان من السهل عليه أن يتبينه.

- كذا، يجوز للدائن المرتهن طلب فسخ عقد الرهن،لعدم تنفيذ الراهن لالتزامه بترتيب الآثار العينية للرهن «انشاء حق الرهن الرسمي» ، إعمالاً للقواعد العامة.

٢ - حكم رهن ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي:

١٤٩- إذا كان رهن ملك الغير صحيحاً فيما بين طرفيه - كما قدمنا - فإنه غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي للعقار بوصفه من الغير، أخذاً من القاعدة العامة في نسبية أثر العقد/ م ٢٠١ مدني. وباعتبار أن العقود لا تنفع، ولا تضر غير المتعاقدين، وخلفائهما م ٢١٣ مدني.

- ولما كانت الحكمة في عدم نفاذ رهن ملك الغير، قبل المالك الحقيقي عدم ملكية العقار فترتيباً على ذلك، يعتبر رهن ملك الغير نافذاً في مواجهته إذا انتفت الحكمة المذكورة - ويتحقق ذلك في فرضين: الأول: اقرار المالك للرهن بورقة رسمية وفقاً للقانون.

والثاني: تملك الراهن للعقار المرهون لاحقاً. على التفصيل الآتي:

أ - اقرار المالك للرهن:

١٥٠ - قدمنا بأن رهن ملك الغير صحيح فيما بين المتعاقدين، وغير نافذ - مواجه المالك الحقيقي ما لم يقره. وبالاقرار ينشأ حق الرهن الرسمي وبدونه لا ينشأ الرهن.

وبديهي أن يصدر الاقرار، قبل قيام المرتهن برفع دعوى الابطال أو الفسخ على النحو الذي بسطناه. وفي كل الحالات. فإن الاقرار ينتج

أثره من تاريخه. فلا يكون له أثر من تاريخ إبرام عقد الرهن. وبذا، فإن الاقرار لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير من المالك الحقيقي في الفترة بين ابرام عقد الرهن، وصدور الاقرار. وتفريعاً على ذلك، إذا كان المالك الحقيقي للعقار، قرر عليه رهناً، وحقاً عينياً أخر تم شهره قبل صدور الاقرار. فإن اقرار المالك الحقيقي للعقد لا يؤثر في حق الغير وإذا كان الدائن المرتهن سبق إلى قيد الرهن قبل شهر حق الغير فلا يكون الرهن نافذاً في حقه.

- ويشترط النص المذكور، أن بصدد اقرار المالك الحقيقي بورقة رسمية مؤثقة وفقاً للقانون وهذا الشرط يتسق، واشتراط الرسمية في انعقاد الرهن حماية للمالك[1].

ب - تملك الراهن للعقار المرهون:

١٥١- إذا تملك الراهن العقار الذي رهنه، ترتب الأثر العيني للرهن «ينشأ حق الرهن الرسمي من تاريخ اكتساب الرهن ملكية العقار المرهون». ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه إذا كان المالك الحقيقي للعقار، قد رتب عليه للغير حقاً عينياً، قبل انتقال ملكيته للراهن، فإنه يمكن الاحتجاج بهذا الحق العيني في مواجهة الدائن المرتهن:

ثانياً ـ استثناءات :

١٥٢- وقد استثنى المشرع من قاعدة عدم نفاذ الرهن الصادر من غير مالك العقار ما لم يقره الأخير، وما لم يتملكه الراهن، استثناءات

---

(١) باعتبار الإقرار لا يرد الا على عقد صحيح، وبه يضيف المقر آثار العقد إليه ـ انظر الزقرد / ص ٢٧٢ / بند ٣١٥ «في بيع ملك الغير».

(٢) ويشترط النص المصري المقابل «ان يصدر الاقرار بورقة رسمية» ـ م١٠٣٣/ ١ مدني.

(٣) العبارة عن تناغو / ص ١٨٩/ بند ٧٥ ـ وقد سبق القول بأنه إن أمكن التسليم باصطلاح الرهن الرسمي فإن اصطلاح الحق الرسمي، تبدو غير مستساغة.

عدة. نص المشرع على واحدة منها صراحة رعاية للدائن المرتهن حسن النية والثاني، أورده الفقه، تأسيساً على مبدأ الغلط الشائع يولد الحق. على النحو الآتي:

- الاستثناء الأول- رهن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي:

نص قانوني، وتعليق:

١٥٣ - ورد النص على الاستثناء المذكور بالمادة ٩٧٥ مدني، وبمقتضاه «ينفي قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه، أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن.

- فالنص على ما يبين من عبارته قد استثنى الرهن الصادر من المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي من قاعدة عدم نفاذه في مواجهة المالك الحقيقي. وتفسير ذلك أن مقتضى الأثر الرجعي اعتبار الراهن غير مالك في الوقت الذي ابرم فيه عقد الرهن، وعليه، يكون الرهن الصادر منه غير نافذ في مواجهة المالك الذي عاد إليه ملكية العقار، فيعود إليه خالصاً من أي رهن كأصل عام. وقد خرج المشرع على الأصل العام رعاية للدائن المرتهن حسن النية الذي كان يجهل وقت الرهن وجود سبب زوال الملكية بأثر رجعي حماية له من جهة، وتدعيما للائتمان، وتشجيعاً عليه من جهة أخرى. ويشترط لتطبيق الحكم الوارد بالمادة ٩٧٥ مدني ما يأتي:

١ - أن يكون الراهن وقت انشاء الرهن مالكاً:

١٥٤ - وعليه فإن الراهن إن لم يكن مالكا للعقار المرهون وقت انشاء الرهن الصادر منه، انطبق عليه الحكم العام في رهن ملك الغير.

وإذا استند الراهن في ملكيته للمرهون إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً، اعتبر رهنه صادراً من غير مالك. وينطبق الحكم ذاته إذا كان عقده قابلا للابطال، ثم تقرر ابطاله قبل إنشاء الرهن، اعتبارا بأن العقد القابل للابطال كالعقد الصحيح، إلى أن يقرر ابطاله، وكالعقد الباطل بطلانا مطلقا بعد الحكم بالإبطال.

- وإذا استند الراهن في ملكيته للمرهون إلى عقد عرفي لم يسجل، كان رهنه صادراً عن غير مالك، باعتبار أن الملكية في العقارات لا تنقل إلا بالتسجيل، وبأن العقد العرفي غيرالمسجل لا يولد سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين ويتحقق نفس الحكم إذا كان الراهن مجرد حائز لا مالك[1].

وعلى عكس ذلك يرى البعض تطبيق الحكم العام في رهن ملك الغير، إذا استند الراهن في ملكيته للعقار المرهون إلى عقد صوري[2]. ونرى بأن الدائن المرتهن في هذا الفرض لا يكون بحاجة للتمسك بنص م ٩٧٥ مدني حيث يمكنه التمسك بالعقد الظاهر خصوصاً وأنه حسن النية، وما دام أن ورقة العقد لم تسجل.

٢ - زوال ملكية الراهن بعد الرهن بأثر رجعي:

١٥٥- ومن ذلك مثلا أن يكون الراهن قد تلقى الملكية بعقد صحيح، قضي بفسخه أو تلقى الملكية بعقد قابل للابطال، ثم تقرر إبطاله.

- والأصل، تطبيق المبادئ العامة في أثر الفسخ أو الابطال أي زوال الرهن الذي رتبه الراهن على العقار قبل تقرير الابطال أو الحكم

(١) البدراوي / ص ٣٥ / بند ٢٥.

(٢) ابو الليل/ ص٦٣/ بند ٥٨ وقارن البدراوي / مرجع وموضع سابقين/ هـ (٢).

في الفسخ تبعاً لزوال سند ملكيته بأثر رجعي. ومع ذلك تقرر حماية للدائن المرتهن حسن النية بقاء الرهن ضماناً لحقه، خروجا على المبادئ العامة للأثر الرجعي للفسخ أو البطلان. والنص المذكور صريح ببقاء الرهن قائماً حماية للدائن المرتهن حسن النية إذا انحل سند الراهن، بإبطال، أو فسخ «أو زوال الملكية لأي سبب آخر» بما يقطع بأن الحماية تشمل رجوع الواهب في الهبة، أو تحقق الشرط الفاسخ إذا كان سند الراهن معلقاً على شرط فاسخ[1] وغير ذلك أسباب زوال الملكية بأثر رجعي. والمهم أن يكون الدائن المرتهن حسن النية وقت ابرام الرهن على التفصيل الآتي:

٣ – أن يكون الدائن المرتهن حسن النية:

١٥٦ – يكون الدائن المرتهن حسن النية، إذا كان جاهلاً السبب الذي يهدد سند ملكية الراهن بالزوال شريطة ألا ينبني جهله على خطأ جسيم إعمالاً لقاعدة أن الخطأ الجسيم يعادل الغش. وتأكيدا لذلك، وتفصيلا له، حكم «بأنه ليس معنى حسن النية أن يجهل الدائن المرتهن

---

(١) توفيق فرج ص١١٨/بند ١١٣ - وسنعود لهذه المسألة حالا / ص / بند جمال زكي / ص ١٨٨ / بند ٩٧ - فيما اشار الى عبدالفتاح عبدالباقي /هـ (٢) ، والواقع في اعتقادنا أن المشرع خص الابطال، والفسخ بالذكر، بوصفها محض أمثلة لزوال العقد بأثر رجعي، بدليل عبارة النص «أو لأي سبب آخر»، .. وانظر النص المقابل في القانون المصري - م١٠٣٤ مدني ... ويدخل البعض في هذه الحالات «ابطال القسمة، او فسخها للعين» - ابو الليل / ص٦٢ / بند ٥٩ - والواقع ان الغبن يعتبر سببا لابطال القسمة الاتفاقية ، ولكنه ليس سببا لفسخها أخذا من قاعدة عامة مؤداها أن الابطال، والبطلان جزاء على مخالفة قواعد ابرام العقد بينما الفسخ جزاء مخالفة قواعد تنفيذ العقد من ناحية واعمالاً لصريح المادة ٨٣٢ مدني من ناحية أخرى، ونصها «للمتقاسم الحق في طلب ابطال القسمة التي تمت بالتراضي إذ الحقة منها يعني يزيد على الخمس....» وحتى بعد الحكم بابطال القسمة للغبن لا يبقى سوى العمل على اتفاق على القسمة من جديد أو رفع دعوى القسمة أمام القضاء، وتفاصيل اخرى في شكري سرور/ ص ٣٢٢/ بند ٤٨٤ اخذا من صريح النص.

ما في مصلحته أن يعرفه، بل أن يفشل في معرفة الحقيقة بالرغم من بذله محاولات جدية لا ستقصائها. وبعبارة أخرى الدائن حسن النية هو الذي بالرغم من تعمقه في بحث سندات المدين، كان ضحية المظاهر الخادعة التي كانت تحيط بهذه المستندات [1]. وعليه فإن الدائن المرتهن لا يعتبر حسن النية، في معنى المادة ٩٧٥ مدني. إن لم يبذل في معاملته عناية الشخص المعتاد... ومن ذلك مثلا عدم الاطلاع على سندات ملكية الراهن أو عدم طلب مستندات الملكية أصلاً... الخ. ولا ينطبق الحكم الاستثنائي المقرر بالمادة ٩٧٥ مدني إذا كان الدائن يعلم بسبب ابطال العقد الذي تلقى به الراهن الملكية، أو يعلم بسبب الفسخ «كعدم دفع الراهن الثمن، أو بقية الثمن[2]. وفي كل الحالات فالقاعدة أن حسن النية مفترض في الدائن المرتهن، وعلى من يدعي العكس اثباته.

٤- أن يكون الدائن المرتهن، قيد الرهن قبل زوال سند ملكية الراهن:

١٥٧- وهذا الشرط لم يرد بنص المادة ٩٧٥ مدني، ويجب تطبيقه - مع ذلك - إعمالاً لنص م ١١ من قانون التسجيل العقاري[3]. وبمقتضاها يتعين قيد الرهن قبل تسجيل صحيفة الدعوى التي طعن بها في سند ملكية الراهن، أو قبل التاشير بها. وتفسير ذلك أن «المدعى» في هذه الحالة يعتبر من الغير، فلا يحتج في مواجهته بالرهن إلا إذا كان مقيداً، قبل زوال سند ملكية الراهن.

(١) استئناف مختلط ١٩٣٠/١/٢ / مجلة التشريع والقضاء المختلط / س٤٨ / ص١٤٦ ، مشار اليه في جمال زكي / ص ١٨٥ / هـ (٦) . واخترنا الحكم المذكور لصلاحيته للتطبيق في الوقت الحالي.

(٢) إذا كان الجزء الأكبر من الالتزام.

(٣) المقصود المرسوم بقانون رقم ١٩٥٩/٥ المعدل بقانون ١٩٧٩/٧٣، وتفاصيل أخرى في الزقرد / ص١٣٢ / بند١٣٨ وتقابل م ١٥ والمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري المصري.

الاستثناء الثاني: الرهن الصادر من المالك الظاهر:

١٥٨- قد يظهر شخص على العقار المرهون بمظهر المالك، ومن ذلك مثلاً، الوارث الظاهر، والمالك بسند صوري، فإذا رتب من ظهر بمظهر المالك، رهناً على العقار، وكان الدائن المرتهن حسن النية. على النحو الذي بسطناه - امكنه التمسك بالرهن. وتعرض بداية للوارث الظاهر، ثم للمالك، بسند صوري.

١ - الوارث الظاهر:

١٥٩ ـ نسارع إلى التنوية - في البداية - بأن الوارث الظاهر شخص غير وارث حقيقة، وينظر إليه عموماً بأنه الوارث الحقيقي، يحدث ذلك حين تؤول التركة إلى وارث، ثم يظهر بعد فترة، وجود وارث آخر يحجبه عن الميراث[١]. فاذا رهن الوارث الظاهر عقاراً من التركة. فرهنه صادر - ولا ريب - عن غير مالك ولذا، تنطبق عليه أحكام رهن ملك الغير ولم يرد نص بالقانون الكويتي ينظم هذه المسألة - ومع ذلك فان الفقه، على أن الرهن الصادر من الوارث الظاهر يأخذ حكم الرهن الصادر من المالك الحقيقي، حماية للدائن المرتهن حسن النية من الوارث الظاهر، وتشجيعاً للائتمان، فيعود العقار المرهون للمالك الحقيقي محملاً بالرهن[٢].

- ونرى مع الرأي السائد ضرورة حماية الدائن حسن النية من الوارث الظاهر، بتقرير أن الرهن الصادر عنه، ينفذ في مواجهة الوارث الحقيقي، حماية للثقة المشروعة التي تولدت في الدائن المرتهن حسن النية إعمالا لقاعدة أن الغلط الشائع يولد الحق Error Communis facit jus خصوصاً، وان ثمة تطبيقات عدة، تؤكد حماية المشرع للأوضاع الظاهرة

---

(١) أخذا من قواعد الحجب في الميراث من فقه الشريعة الإسلامية.

(٢) السنهوري / جـ ١٠/ بند ١٤٠ ـ وعكسه جمال زكي / ص١٩٤/ هـ٨.

وآية ذلك، المادة ٥٨ مدني المتعلقة بالنيابة الظاهرة[١] والمادة ٤٠٠ مدني الخاصة بالوفاء للدائن الظاهر [٢].

٢ - الرهن الصادر ممن تملك بسند صوري:

١٦٠ - إذا تملك شخص العقار بسند صوري ثم رهنه، فإن للدائن المرتهن حسن النية التمسك بالعقد الظاهر، حتى يمكنة الاحتجاج بالرهن في مواجهة المالك الحقيقي إعمالاً بما ورد بالمادة ١/٢٠٠ مدني، بأنه إذا ابرم عقد صوري كان لدائني كل من المتعاقدين، وللخلف الخاص لأي منهما أن يثبتوا الصورية بجميع الوسائل، يتمسكوا بالعقد المستتر، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد الصوري إذا كانوا لا يعلمون بالصورية» . وإعمالاً للنص، إذا صدر الرهن من بائع، تلقى الملكية بسند صوري، امكن للدائن المرتهن حسن النية اثبات الصورية، وبها يثبت أن الرهن صادر من مالك حقيقي. فيبقى الرهن قائماً. فإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن بأن تمسك بعضهوم بالعقد الصوري وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كان الأفضلية للأولين - أي يفضلمن يتمسك بالعقد الظاهر «الدائن المرتهن من المشتري مقارنة بالدائن المرتهن من البائع بعقد صوري[٣].

---

(١) المذكرة الإيضاحية تعليقا على النص المذكور / ص ٧٤ / والنص يقابل م١٠٦ مدني مصري.

(٢) المذكرة الإيضاحية تعليقاعلى النص / ص ٣٢٨ . المقابلة للمادة ٣٢٣ مدني مصري . وعكس ذلك، ضمنيا، ابو الليل / ص ٧٩ . بند ٧٧ . الذي اشار الى القضاء الكويتي.

(٣) نبيل سعد / ص ٦٢ / بند ٣٧ (أ).

المبحث الثاني الشروط الشكلية في عقد الرهن الرسمي

نصان وتقسيم:

١٦١ - نصت المادة ١/٩٧٢ مدني على أنه لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية موثقة وفقاً للقانون.

- بينما نصت المادة ٢/٩٧٦ مدني على أنه «يجب أن يكون العقار المرهون... معيناً بالذات تعيناً دقيقاً من حيث طبيعته، وموقعه في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وإلا وقع الرهن باطلاً.

- ويبين من النصين أن المشرع، يستلزم لانعقاد الرهن أن يتم بورقة رسمية موثقة. وأن يتضمن العقد الرسمي بيانات معينة يتم بها تعين العقار المرهون. فضلا عما ورد بنص المادة ٩٨١ مدني[١] ويستفاد منه - ضمناً، وجود تخصيص الدين المضمون من حيث بيان مصدره، ومقداره.

- ولما كانت الشكلية في عقد الرهن الرسمي، تشتمل على أمرين هما الرسمية والتخصيص فسوف نعرض بداية للرسمية كشرط لانعقاد الرهن ثم التخصيص في عقد الرهن.

المطلب الأول : الرسمية في عقد الرهن

١٦٢ - لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية - وبذا، جعل المشرع من الرسمية شكلاً، يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

---

(١) ونصها، كالآتي : «يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق علي شرط أو دين مستقبل، أو دين احتمالي، فيجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتو، او لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون، او الحد الاقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين»، والنص محصن تطبيقا لقاعدة عامة، تشمل جميع الديون فضلا عن اسباب اخرى، نذكرها لاحقا/ص/ بند.

والمقصود بالورقة الرسمية في نص المادة ١/٩٧٢ مدني، الورقة التي يحررها موظف مختص بتحرير العقود، هذا الموظف هو الموثق المكلف بتحرير العقد، وفقاً للاجراءات التي رسمها القانون[1].

أما الحكمة من اشتراط الرسمية، فهي رغبة الشارع في تنبيه الراهن إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه. فاشترط الرسمية حتى لا يتسرع إلى إبرامه[2]. وثمة علاقة بين الرسمية والتخصيص «أي ذكر بيانات معينة العقار المرهون والدين المضمون» بحيث إذا وردت هذه البيانات في ورقة رسمية فمعنى ذلك تقليل حالات بطلان العقد لتخلف أي من البيانات في المذكورة - حيث أن الرسمية نوع من الاشراف، والرقابة. وأخيراً، فإن الرسمية تحقق فائدة للدائن المرتهن، فالعقد الرسمي، يعتبر بذاته سنداً تنفيذياً، يخوله طلب التنفيذ الجبري، دون حاجة لاستصدار حكم[3] بما يشجع الائتمان، ويحافظ على استقراره.

أولا : هل يجب أن يصاغ رضاء المرتهن في الشكل الرسمي؟

١٦٣ - إذا حصل رضاء الدائن المرتهن، والمدين الراهن في آن واحد، في سند واحد كما هو الأغلب، عملاً فإن الورقة الرسمية تشتمل علي الرضا المتبادل لكل من طرفي عقد الرهن وإنما، يثور التساؤل في الحالة التي لا يحصل فيها تبادل الرضا في سند واحد

---

(١) قارن المذكرة الإيضاحية تعليقا على النص / ص ٧٣٨.

(٢) توفيق فرج / ص ١٣٢ / بند ١٢٢/ البدراوي / ص٦٠ / بند ٤٥ / منصور / ص٦٦ / بند ٢٤ جمال زكي / ص ٢٢٠ / بند ١١٤.

(٣) السنهوري / ص ٢٨١ / بند ١٢٤ . وتناغو / ص ١٤١ / بند ٦٠ . والبدراوي / ص ٦٠ / بند ٤٦ / هـ (٢) نقلا عن شمس الدين الوكيل «نظرية التأمينات في القانون المدني» ١٩٥٩ / ط(٢) / ص١٧٠ / بند ٥٤.

وإنما على فترتين متتالين فهل يشترط ثبوت كل من رضاء المرتهنوالراهن في ورقة رسمية؟ الواقع أن الاجابة عن التساؤل المذكور، ترتبط بالاجابة عن تساؤل سابق، عمن تقررت الرسمية حماية له؟[1] وتبادر إلى القول. في البداية بأن الراهن، هو الطرف الذي تقررت الرسمية حماية له، وبذا يجب أن يكون رضاء الراهن في شكل رسمي، وعليه، لا ينعقد الرهن، إذا حصل الرضى في ورقة عرفية[2]. أما بالنسبة للدائن المرتهن، فهو يفيد فائدة محضة من الرهن، ومن ثم فإن الرهن ينعقد صحيحا، ولو جاء رضاه بورقة عرفية، أو أبدى قبوله للرهن ضمناً لمجرد تقدمه طالباً اجراء القيد... ولا تعبر من ذلك، ما ورد بنص المادة ٩٧٢ مدني بأنه لا ينعقد الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة عرفية، الأمر الذي قد يفهم منه بأن رضاء المتعاقدين معاً يجب أن يتم في ورقة رسمية. فالنص قد أشار إلى الحالة الغالبة في العمل، وهي كما ذكرنا - عندما يكون رضاء المرتهن، والراهن في سند واحد في آن واحد. فان اختلف السند، والوقت، اشترطت الرسمية لمن شرعت حماية له من المتعاقدين. والمؤكد أن الرسمية مقرر لحماية الراهن، ورغبة من المشرع في تنبيهه لخطورة التصرف الذي هو مقدم عليه، فلعله يتروى، ومن قبل أن يبرم العقد.

---

(١) ومن الفقه، من ربط بين الرسمية، وقواعد الايجاب، والقبول لانعقاد الرهن، ورتب، تفريعا على ذلك، ضرورة افراغ رضا طرفي العقد في الشكل الرسمي، توفيق فرج/ ص ١٣٣/ بند١٢٤، وحجة أخرى مأخوذة من مبدأ التخصيص،ونص المادة ١٠٣١ مدني مصري المقابلة للمادة ١/٩٧٢ مدني كويتي ـ ونبيل سعيد / ٧٥٢/بند ٥٢.

(٢) من هذا الرأي السنهوري/ ص٢٨١/بند١٢٤/البدراوي/بند ٤٦ ـ تناغو /ص١٤١ بند٦٠.

ثانيا - الجزاء على تخلف الرسمية:

١٦٤ - ذكرنا بأن تخلف الرسمية، يؤدي إلى بطلان عقد الرهن بطلاناً مطلقاً فلا يصلح العقد لانشاء التزام بتقرير الرهن يمكن تنفيذه تنفيذاً جدياً على المدين عن طريق استصدار حكم بصحة الرهن، ونفاذه[١].

- وإذ نؤكد بأن الرهن الباطل لتخلف الرسمية، لا يترتب أي أثر من حيث اعتباره منشئاً لحق الرهن، فان التساؤل يظل قائماً، مع ذلك بصدد اعتبار الرهن الباطل لتخلف الرسمية، ينشئ التزاماً على الراهن بابرام العقد الموعود به بحيث إذا لم ينفذ التزامه امكن اعتباره وعدا بالرهن أخذاً من القواعد العامة للوعد بالتعاقد[٢] فإن كانت الاجابة بالايجاب فمعنى ذلك أن عقد الرهن إذا تخلف فيه الشكل الذي يتطلبه القانون بأن تم في ورقة عرفية، أو لم يتضمن تخصيص المرهون، والدين المضمون يكون له قوة الوعد الرسمي بالرهن، ويرتب آثاره؟.

وغني عن البيان أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا من المتعاقدين، أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التي يجب ابرامه فيها م٧٢ مدني وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بابرام هذا العقد... م٦٩ مدني. وعليه، لا يوجد وعد بالرهن، ما لم يتعين جميع المسائل الجوهرية لعقد الرهن، من حيث العقار المرهون، والدين

---

(١) مرقس / بند ٦٣ - البدراوي / بند ٤٥ - وسابقا / ص١٠٧ / بند١٢٤. فالعقد الباطل، بطلانا مطلقا، منعدم، ولا أثر له Nul, et nul effet.

(٢) المادتان ٧٢، ٧٣ مدني، والزقرد / ص٦٨ / بند ٧٠.

المضمون، والمدة التي يتعين على المستفيد ابداء الرغبة في إبرام العقد، وكذا الشكل الذي سيلتزمه القانون لابرام عقد الرهن أي «الرسمية، والتخصيص». فإذا وجد الوعد بالرهن الرسمي، بتوافر شرائطه الموضوعية، والشكلية على النحو الذي بسطناه، ونكل الواعد عن إبرام العقد الموعود به خلال المدة المحددة جاز للدائن أن يلجأ للقضاء، لاصدار الحكم بصحة الرهن، ونفاذه، فيقوم الحكم مقام العقد، أخذاً من نص المادة ٧١ مدني. فاذا وجد الوعد بالرهن، وتحلف فيه الرسمية التي يتطلبها القانون فانه لا يجوز للداذن المرتهن أن يطلب التنفيد العيني للالتزام، لا يجوز له الافادة مما ورد بنص المادة ٧١ مدني. والقول بغير ذلك يؤدي إلى «الافلات من الشكل الذي يستلزمه القانون، إذ من شأنه ان يعدل المتعاقدان عن ابرام العقد الذي يراد الافلات من القيود الخاصة بشكله، ويعمد إلى عقد اتفاق تمهيدي، أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما، وبذلك تتاح لهما أن يصلا بطريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها[1]. ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوف ركن الرسمية «فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى اتمام التعاقد المقصود فعلاً، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن، أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض، بل وإلي سقوط أجل

(١) على ما ورد، بالمذكرة الإيضاحية تعليقا علي نص م١٠١ مدني مصري، المقابل لنص م٦٩، وم٧٢ مدني كويتي/ ج٢/ ص ٧٤.

القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به[1]. فالوعد العرفي بالرهن الرسمي، وإن كان لا يصلح للتنفيذ العيني على النحو المبين بالمادة ٧١ مدني لتخلف الرسمية إلا أنه ينطوي على تعهد من جانب الواعد بتقديم تأمين، إذا نكل عنه، جاز الحكم عليه بالتعويض، أو سقوط أجل الدين[2].

ثالثا - اشتراط الرسمية في التوكيل بالرهن:

١٦٥ - نصت م ٧٠٠ مدني على أنه يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في التصرف القانوني محل الوكالة. ولما كان الشكل الواجب توافره في عقد الرهن تشتمل على الرسمية، والتخصيص، على ما ذكرنا - فإنه يجب تبعاً لذلك، أن يكون التوكيل بالرهن بورقة رسمية، وأن يشتمل على بيانات معينة فيما يتعلق بالعقار المرهون وبالدين المضمون. ونلفت النظر بأن الرسمية، والتخصيص، شرطان في التوكيل بالرهن عن الراهن. فان صدر التوكيل من المرتهن، فلا يشترط فيه الرسمية ولا التخصيص. اتساقاً والحكمة التي تقررت لأجلها الرسمية، وهي حماية الراهن، أما المرتهن فإن الرهن يعتبر عملاً نافعاً نفعاً محضاً، فلا يشترط في الرسمية لرضاءه. وعليه، يصح أن يكون التوكيل من المرتهن، بورقة عرفية[3].

---

(١) أخذا من المذكر الإيضاحية، تعليقا على النص المقابل في القانون المصري، وتصلح للتطبيق، في القانون الكويتي / انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢/ص٧٥.

(٢) وتأييدا لذلك، السنهوري، ص ٢٨٩/ بند ١٣٠ ـ مرقس / ص١١٦ ـ بند ٦٩ ـ نتاغو / ص١٤٧ / بند ٦٣ / توفيق فرج / ص١٣٤/بند ١٢٥.

(٣) كما يصح أن يقبل الرهن فضولي، شريطة أن يقر الدائن قبول الفضولي أخذا من نص المادة ٢٧٠ مدني «إذا أقر رب العمل ما قام به الفضول، سرت قواعد الوكالة»، فيشترط الرسمية في رضاء المدين الراهن وحدة حملا على الحكمة منها.

المطلب الثاني: تخصيص الرهن

١٦٦ - قدمنا بأن الشكلية في الرهن الرسمي تشتمل على الرسمية في تحرير العقد، والتخصيص في العقار المرهون، والدين المضمون. ولذا، فالتخصيص في عقد الرهن شرط شكلي[1] والحكمة من التخصيص، كالحكمة من الرسمية، حماية الراهن، على سند من القول بأن تخصيصه للعقار المرهون في عقد الرهن إلى جانب تخصيص الدين المضمون بضمن عدم إفراطه في الرهن - فيرهن العقارات الكافية لضمان الدين دون زيادة.

- وأخذا من نص م٩٧٦ مدني، محمولا على نص م٩٨١ مدني يمكن القول بأن مبدأ التخصيص يشتمل على تخصيص الرهن، وينصرف إلى العقار المرهون، والدين المضمون.

أولا: تخصيص العقار المرهون:

١٦٧ - إعمالاً لما ورد بالمادة ٩٧٦ مدني، بحث أن يكون العقار المرهون معيناً بالذات تعيناً دقيقاً، من حيث طبيعته، وموقعه في عقد الرهن ذاته، أو في عقد رسمي لا حق، وإلا وقع الرهن باطلاً...

---

(١) بينما عرض له البعض في شروط المال المرهون المذكرة الإيضاحية تعليقا على م٩٧٢ مدني/ص٧٣٨، وأبو الليل / ص ٣٦/ دند ٣١ - ونرى بأنه الوجه الآخر للشكلية في الرهن الرسمي، وجزاء تخلفه، كجزاء تحلف الرسمية في تحرير عقد الرهن، بطلان العقد بطلانا مطلقا، فالتخصيص ركن من الرهن، لا شرط فيه، وفي العربية، ان الركن ما قام الشيء بوجوده، وانعدم بانعدامه، والشرط ما قام صحيحا بوجوده ..»، وان فهم من المذكرة الايضاحية، استخدامهما، بمعنى واحد. فضلا عما ينطوي عليه هذا القول من خلط بين الشروط الموضوعية والشكلية، وادخال التخصيص في الأولى بوصفه تطبيقا للشرط العام في محل الالتزام. والحقيقة أن هناك فرقا بين التخصيص وتعيين محل الالتزام التعاقدي، وآية ذلك ان المادة ٩٧٦ مدني تستلزم تخصيص محل العقد في الرهن في ذات العقد الرسمي أو في ورقة رسمية لاحقة، ولا شيء من ذلك في تعيين محل العقد إعمالا لقواعده العامة. على أن التخصيص، لا يعني عن الشروط الموضوعية في تعيين محل العقد. وانظر نبيل سعد / ص ١٨١ / بند ٥٧٠ - جمال زكي/ص٢١١/بند ١٠٩ - وص٢٢٥/بند ١١٨.

ونلفت النظر بأن قاعدة تخصيص الرهن ليست تطبيقاً للقاعدة العامة في محل الالتزام ويكفي للدلالة على ذلك، أن محل الالتزام يمكن أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وتخصيص الرهن يعني وجوب أن يكون العقار المرهون معيناً، ولا يكفي أن يكون قابلاً للتعيين. كما أن التعيين في محل الالتزام، يتحقق إذا كان نافياً للجهالة،وبينما لا يكفي ذلك في تخصيص العقار المرهون، إنما يجب ذكر بيانات معينة عن طبيعته، وموقعه، فالتخصيص، أبعد مدى، وأوسع نطاقاً من مجرد تعيين محل الالتزام في العقد.

- والمهم أن تخصيص العقار المرهون يتم، وفقاً للمادة ٩٧٦ مدني بوصف العقار وصفاً دقيقاً من حيث طبيعته، وموقعه في الورقة الرسمية- وعلى أية حال، فإن تحديد ما إذا كان وصف العقار كافياً، أو غير كاف مسألة موضوعية، يترك تقديرها لمحكمة الموضوع بدون رقابة محكمة التمييز.

ثانيا - تخصيص الدين المضمون:

١٦٨ - أوجبت المادة ٩٨١ مدني، أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الاقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين، إذا تقرر الرهن ضماناً لدين معلق على شرط واقف، أو دين مستقبل، أو دين احتمالي، أو ضماناً لاعتماد مفتوح أو لحساب جار. وذهب الرأي الغالب، بأن النص يشتمل على قاعدة، تطبق على الدين المضمون، أيا كان طبيعته، خصوصاً، وأن جميع الالتزامات يجوز ضمانها بالرهن، أيا كان وصفها[١].

(١) سواء كانت منجزة أو غير منجزة، محددة أو احتمالية.

يخصص الدين المضمون بتحديد مصدرة، ومقداره، فان كان الدين المضمون ديناً مستقبلاً، أو ديناً احتمالياً، أوتقرر لضمان فتح اعتماد، أو لفتح حساب جار، ولم يمكن تحديد مقداره بدقة، وجب تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين، ويجوز أن يتم تخصيص الدين المضمون بالرهن، في عقد الرهن ذاته، أو في ورقة رسمية لاحقة.

الفصل الثاني
آثار الرهن الرسمي

تمهيد وتقسيم:

١٦٩ - إذا توافرت شرائط الرهن الموضوعية، والشكلية على النحو الذي بسطناه - ترتب آثاره فيما بين طرفيه. أما بالنسبة للغير فإن آثار الرهن، لا تسري إلا إذا اتخذت الاجراءات اللازمة لشهره بطريق القيد.

وتتحصل آثار الرهن فيما بين طرفيه، في التزامات الراهن، وسلطات المرتهن، بينما آثاره في مواجهة الغير تتمثل في حق التقدم أوالافضلية، وحق التتبع.

١٧٠- وعليه نوزع دراستنا في آثار الرهن الرسمي على مبحثين -- الأول في آثار الرهن فيما بين طرفيه والثاني لآثار الرهن في مواجهة الغير .

المبحث الأول

آثار الرهن فيما بين طرفيه.

تمهيد وتقسيم:

١٧١ - قدمنا بأن انعقاد الرهن الرسمي بتوافر شرائطه جميعاً، يرتب أثاره فيما بين الراهن، والمرتهن. فيلتزم الراهن فضلاً عن إعطاء حق الرهن، بضمان سلامة الرهن، وبضمان حق الدائن المرتهن وعدم إضعافه. بينما لا يلتزم الأخير بأي التزام باعتبار أن الرهن عقد ملزم لجانب واحد.

ومقابل ذلك يمنح الرهن، للمرتهن سلطات مستمدة من طبيعته المزدوجة كدائن عادي «على مجموع أموال المدين، إعمالا لنص م ٣٠٧ مدني ... ومرتهن «علي المال المرهون».

١٧١ - مكررا - وتبعاً لذلك، نعرض بداية لالتزامات الراهن - مطلب أول - ثم لسلطات «حقوق» الدائن المرتهن - مطلب ثان.

المطلب الأول

التزامات الراهن

نصوص قانونية وتقسيم:

١٧٢ - نصت م ٩٨٧ مدني على أنه يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل يكون من شأنه انقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً، وله في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن ما يلزم من الوسائل التحفظية.

ثم عرض المشرع بعد ذلك في المادة ٩٨٨ مدني للآثار المترتبة على هلاك العقار المرهون أوتلفه. ثم لانتقال حق الدائن المرتهن إلى ما يحل محل العقار في حالة الهلاك أو التلف كمبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة والتعويض... م ٩٨٩ مدني.

١٧٣ - ونعرض بداية لالتزام الراهن بضمان سلامة العقار - ثم التزامه بضمان الهلاك أو التلف على النحو الآتي:

الفرع الأول - ضمان سلامة الرهن:

١٧٤ - التزام الراهن بضمان سلامة الرهن، معناه على ما ورد بالمذكرة الايضاحية للمادة ٩٨٧ مدني أن يمتنع عن أي عمل إيجابي، أو سلبي ينقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن... أي «ضمان التعرض الشخصي» كما يشمل الضمان تعرض الغير[1]. وأخذاً من النص، ومذكرته الايضاحية، يبين بأن الراهن يلتزم بضمان جميع أفعاله المادية، والقانونية التي من شأنها أن تنقص من الضمان الذي يخوله الرهن للدائن المرتهن، فعليه أن يمتنع مثلا عن هدم العقار المبني كله، أو بعضه، أو نزع المغروسات من الأرض إذا لم يكن نزعها مما يقتضيه استغلالها، كما عليه أن يحافظ على العقار فلا يتركه يتخرب[2].

ولا يكون للدائن المرتهن الاعتراض على ما يجرية الراهن من الاعمال إلا إذا كان من شأنها انقاص ضمانه انقاصاً كبيراً، أما

---

(١) بينما ورد بالمذكرة الإيضاحية للنص المقابل في القانون المصري «م١٠٤٧ مدني» بأن يلتزم الراهن، كما يلتزم البائع بضمان التعرض، وضمان الاستحقاق/مجموعة الاعمال التحضيرية / ج٧ / ص٤٩.

(٢) المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص م٩٨٧/ص٧٤٧، ولا يكون له فصل الآلات والأدوات الزراعية عن الأرض، ويبيعها، ويسلمها لمشتر حسن النية يكتسب ملكيتها خالية من الرهن إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٩٣٧ مدني.

الأعمال التي لا تنقص من الضمان على هذا النحو، فإن للراهن الحق في إجرائها وعلى هذا ورد نص م٩٨٧ مدني صريحاً في أنه للدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل من شأنه أن ينقص الضمان انقاصاً كبيراً» وذلك حتى لا يترتب عى هذا الالتزام تعطيل حق الراهن في الادارة ، والاستغلال.

– كما يضمن الراهن تصرفاته القانونية، إذا كانت تتعارض مع حق الدائن المرتهن أو تؤثر فيه. ومن ذلك مثلاً بيع العقار المرهون، أو رهنه مرة ثانية، فيقوم المشتري بتسجيل العقد قبل قيد الرهن، أو يقوم الدائن المرتهن بقيد الرهن. وإذا كانت القاعدة، أن من وجب عليه الضمان، امتنع عليه التعرض وإذا كان الراهن غير مالك، امتنع عليه إذا اكتسب ملكية العقار المرهون بغير الرهن، أن يطلب عدم نفاذ الرهن في مواجهته على أساس صدوره من غير مالك، كمحض تطبيق لقاعدة، من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض qui doit garantie ne Peut evincer[1].

١٧٥ – أما بالنسبة للتعرض الصادر من الغير، فلا يضمنه الراهن إلا إذا بنى على سبب قانوني. فإن كان تعرض الغير مادياً، وجب على المرتهن دفعه بنفسه ليضمنه الراهن ادعاء الغير ملكية لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن، كأن يدعي الغير ملكية العقار المرهون، أو حق انتفاع، أو ارتفاق بحيث لو ثبت له ذلك كان حجة على الدائن المرتهن. ومؤدى التزام الراهن بضمان تعرض الغيرالمبني على سبب قانوني يعني وجوب دفع الراهن ادعاء المتعرض حتى يظل الرهن قائماً، غير منقوص. أما إذا حكم للمتعرض في الدعوى اعتبر الراهن مخلاً بالتزامه بالضمان وبذا يثور التساؤل عن الجزاء عن الاخلال بالضمان؟

---

(١) الزقرد / الوجيز / ص ١٩١ / بند ٢١٦ وبعده.

ونسارع إلى التنوية في البداية بتطبيق القواعد العامة للاخلال بالالتزام التعاقدي، بما في ذلك التنفيذ العيني م ٢٨٤ /١ مدني بازالة كل عمل أدى إلى انقاص الرهن انقاصاً كبيراً، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه. فإن استحال التنفيذ للالتزام، تعين التنفيذ بمقابل أي تعويض المرتهن عن طريق طلب تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة العقار المرهون أخذا من حكم المادة ٢/٢٨٤.

وبدلاً من التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل يجوز الحكم على الراهن بسقوط الأجل وحلول الدين فوراً والخيار في هذه الحالة للدائن المرتهن، إعمالاً لما ورد بالمادة ٣٣٢(ب) مدني لأن المدين قد أضعف بفعله التأمينات الضامنة للوفاء[1].

وقد طبق المشرع القواعد السابقة على هلاك أو تلف العقار المرهون، بوصفه صورة من التعرض المادي الصادر عن الراهن في المادة ٩٨٨ مدني على ما سنرى حالاً.

- وفضلاً عما تقدم، يجوز للدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، لحفظ العقار، ومنع النقص في قيمته، ومن ذلك مثلا طلب إقامة حارس على العقار المرهون للمحافظة عليه، أو الاعتراض على تصرف الراهن في أشياء تنزع من العقار المبني حتى لا يتمسك المتصرف إليه بالمادة ٢/٩٣٧ مدني. فيكتسب ملكيتها خالصة من الرهن كذا يجوز للمرتهن توقيع الحجز على ثمن الاشياء المنقولة التي تنزع من العقار تحت يد المنصرف إليه حسن النية، أخذاً

---

(١) عكس الهلاك، او التلف الذي يرجع لسبب أجنبي عن المدين الراهن، فيترتب علي ذلك زوال التأمين أو ضعفه، ولم فإذا لم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فيكون الخيار للمدين على ما سنرى، بين أن يقدم تأمينا كافيا، او يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل.

من نص المادة ٩٨٩ مدني باعتبار أن المرتهن يستعمل حقه على هذا الثمن الذي يحل محل المنقولات المنزوعة من العقار المرهون.

الفرع الثاني : ضمان الهلاك:

نص قانوني، وتعليق:

١٧٦ - نصت م ٩٨٨ مدني على أنه إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو أن يستوفي حقه فوراً.

- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي، ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان المدين مخيراً بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل.

- وتعرض الفقرة الأولى للنص لحالة هلاك العقار أو تلفه بفعل الراهن، أو خطئه وهي صورة خاصة للتعرض المادي الصادر من الراهن، ولذا، يسأل عنها إعمالاً للقاعدة العامة للمادة ٣٣٢(ب) مدني، محمولاً على نص م ١/٩٨٨ مدني. وعليه، يكون للدائن الحق في اقتضاء تأمين كاف أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً والخيار هنا للدائن.

- أما الفقرة الثانية، فقد تناولت هلاك العقار أو تلفه بسبب أجنبي لا يد للراهن فيه «بقوة قاهرة، أو بفعل شخص أجنبي» وفي هذه الحالة يكون للمدين الخيار بين تقديم تأمين كاف أو الوفاء بالدين قبل حلول الأجل. والخيار هنا للمدين «لا الدائن». ونعرض للمسائل السابقة فيما يلي:

أولاً- حق الدائن على ما يستحق من مبالغ في حالة هلاك العقار المرهون:

إذا هلك العقار المرهون، أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض، ومبلغ التأمين ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة - م٩٨٩ مدني. وتفريعاً على ذلك، إذا هلك العقار المرهون بفعل الغير، وحكم للمالك بالتعويض. أو كان مؤمناً عليه، والتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين، أو تملكه الدولة العقار المرهون للمنفعة العامة ينتقل الرهن - بمرتبته - في جميع الحالات السابقة - إلى المقابل.

ثانيا ـ القيود التي ترد على سلطات الراهن:

- الأصل أن الراهن مالك، لذا يكون له الحق في التصرف، والاستعمال، والاستغلال. ولا يكون للمرتهن شيئاً من ذلك[1] ولما كان الراهن يلتزم بضمان سلامة الرهن، على ما ذكرنا، فإنه يلتزم تبعاً لذلك بالامتناع عن كل عمل من شأنه المساس بسلامة العقار المرهون، أو ينقص من قيمته[2].

١٧٨ ـ مكرراً - ونعرض بداية لمدى ، أو نطاق سلطة الراهن في التصرف، ثم نطاق سلطته في إدارة العقار المرهون.

١ - نطاق سلطة الراهن في التصرف:

لم يرد نص بالقانون الكويتي يخول الراهن الحق في التصرف في العقار المرهون خصوصاً إذا كان تصرفه لا يؤثر في حق الدائن

---

(١) عكس الرهن الحيازي على ما سنرى فيما بعد / ص ١٥ / بند.

(٢) ويرتبط ذلك بالمرحلة السابقة على حلول أجل الدين المضمون بالرهن، فإن حل اجل الدين، وشرع الدائن في اجراءات التنفيذ، فمعنى ذلك أن العقار محجوز تحت يد القضاء، نحيل بشأنها الى الدراسات المتخصصة في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

المرتهن[1] والواقع أن مدى أو نطاق سلطة الراهن في التصرف في العقار المرهون يرتبط، بالتزامه بضمان سلامة الرهن. م٩٨٧مدني وعليه، يكون للراهن حق التصرف فيما لا يؤثر على سلامة الرهن. بل ان حق الراهن في التصرف الذي لا يؤثر على كيان العقار المرهون، يعتبر فيما ذهب إليه رأي نؤيده، من النظام العام [2]. فلا يجوز الاتفاق بين المرتهن، والراهن على منع الثاني من التصرف في المال المرهون إذا كان لا ينقص الضمان انتقاصاً كبيراً. وتبعاً لذلك، يجوز للراهن ابرام التصرفات القانونية، ما دام الدائن المرتهن قد قام بشهر حقه، فاصبح نافذاً في مواجهة الغير. كأن يبيع العقار المرهون، أو يثقله بأي حق عيني، كانتفاع أو ارتفاق، أو رهن. وتفسير ذلك ان هذه التصرفات لا تكون نافذة في مواجهة الدائن المرتهن، الذي قيد حقه قبل شهر الحقوق المذكورة، فيكون له مباشرة حق التتبع عليها. ولذا فإنها لا تعدم ضمان الرهن، ولا تنقص من قيمته[3] فلا يكون للمرتهن الاعتراض عليها.

وبعكس ذلك، لا يجوز للراهن، مباشرة أي تصرف قانوني، قبل قيد الرهن من جانب الدائن المرتهن، وإلا اعتبر ذلك - فيما قدمنا خروجاً من جانب الراهن عن التزامه بضمان الرهن، بما يترتب على ذلك من سقوط الأجل، وحلول الدين فورا، بسبب اضعاف التأمينات من جانب المدين.

(١) بعكس نظيره المصري. م ١٠٤٣ مدني.

(٢) فالتصرف عموما جوهر الملكية وبه تتميز عن غيرها من الحقوق العينية الأصلية لا يصح تقييده، والا لترتب عليه شل الملكية ذاتها، وتصرف الراهن كأي تصرف ينطبق عليه ذات الحكم ما دم لا يمس بضمان سلامة الرهن ومن ذلك المذكرة الإضاحية لنص المادة ١٠٤٣ من القانون المدني المصري، ج٧ / ص٣٩/ و ج ٤ ص ٢٧٥ مرقس / بند ٧٤ . ونبيل سعد / ص٩٠ / بند ٦٣ . البدراوي / ص ١٢٥ . / بند ٩٢ . وقارن / حسن كيره / الحقوق العينية الأصلية / ط١٩٦٥ / ص ٢٨٧/ بند ٨٦.

(٣) لاحقا / ص ١٨٨/ بند٢١٦.

أما بالنسبة للأعمال المادية التي يباشرها الراهن، فإن التزامه بالضمان يفرض عليه الامتناع عن أي عمل مادي ينقص من الضمان نقصاً كبيراً. ومن ذلك مثلاً، أن يتصرف في المنقولات بحسب المال، كأن يبيع الراهن المنزل المرهون بقصد هدمه، فان هدم بالفعل وترتب على ذلك نقص الضمان نقصاً كبيراً كان للدائن المرتهن اعتبار فعل الراهن اضعافاً للتأمين[1].

١٨٠ – أما بالنسبة للعقارات بالتخصيص، فقد رأينا بأنه لا يجوز للراهن التصرف فيها إذا كان ذلك ينقص من الضمان انتقاصاً كبيراً. وإلا جاز للدائن المرتهن الحق في الاعتراض على هذا التصرف، وله من باب أولى أن يمانع في انتقالها من العقار المرهون وأن يطلب تعيين حارس عليها على نفقة الراهن إعمالاً لما وبعجز المادة ٩٨٧ مدني. أما إذا تسلمها المتصرف إليه حسن النية، لم ورد يكن للدائن المرتهن تتبعها، لأن الحائز يمكنه التمسك بالفقرة الثانية للمادة ٩٣٧ من القانون المدني[2]. وإذا فقد المرتهن حق التتبع، وعلى هذا النحو، فلا يتبقى له إلا مباشرة حق الأفضلية على ثمن العقارات بالتخصيص. ومقابل ذلك، إذا تصرف الراهن في العقارات بالتخصيص. لمتصرف اليه سيئ النية، «يعلم بالرهن، أو كان من الميسور العلم به» فإن للمرتهن استردادها بمقتضى ما له من حق التتبع [3].

---

(١) فضلا عن حقه في اتخاذ الإجراءات التحفظية او الاعتراض عليه اذا تم ذلك بعد قيد الرهن - م٩٨٧ مدني.

(٢) وتنص على أنه ... إذا كان السبب الصحيح وحسن النية قد توافرا لدى الحائز في اعتباره الشيء خاليا من التكاليف، والقيود العينية، كسب الحق خالصا منها» فيما يسمى بالأثر المسقط للحيازة / شكري سرور / ص٢٠٥/ بند ٣٠١.

(٣) البدراوي ، معلقا على نص م١٠٤٣ مدني، ولا مقابل لها بالقانون الكويتي / ص١٢٩ بند ٩٤ - وقد رأينا بأن عدم وجود نص خاص لا يمنع من تطبيق القاعدة الواردة بالمتن، اكتفاء بنص م٩٨٧/ مدني - سابقا /ص/بند.

٢ - مدى سلطة الراهن في إدارة العقار المرهون

نصوص قانونية:

١٨١ - نصت المادة ٩٨٤ مدني على أنه للراهن الحق في إدارة العقار المرهون. وله قبض ثماره وكافة ايراداته إلى وقت التحاقها بالعقار على نحو ما يقضي به قانون المرافعات.

- بينما عرضت المادة ٩٨٥ مدني، لمدى نفاذ الايجار الصادر من الراهن في حق المرتهن وتناولت المادة ٩٨٦ مدني مدى نفاذ المخالفة بالأجرة، أو الحوالة بها في حق الدائن المرتهن.

١٨١ - مكررا - ونعرض بداية لمدى الراهن في إدارة المال المرهون - ثم نفاذ الايجار في حق الدائن المرتهن، وأخيراً، قبض أجرة العقار، وحوالتها مقدماً.

- أ - حق الراهن في إدارة المال المرهون.

١٨٢ - يجوز للراهن أصلاً، الحق في إدارة العقار المرهون. فقد قدمنا بأن الرهن الرسمي، بخلاف الرهن الحيازي لا يسلب الراهن، حيازة العقار المرهون فيخوله إدارته. ولا يتقيد حقه في الادارة إلا بما يستوجبه التزامه بالمحافظة على سلامة الرهن. ولذا، يتعين على الراهن، في إدارته للعقار المرهون، أن يمتنع عن أي عمل من شأنه انقاص ضمان الدائن المرتهن المرهون. فيجوز له استعمال العقار بنفسه، أو تأجيره للغير. وله أن يقبض ثماره، وينصرف فيها ويبقى للراهن، الحق في قبض الثمار، والتصرف فيها إلى الوقف الذي تلحق فيه هذه الثمار بالعقار بتسجيل طلب الحجز على العقار، أخذاً من

المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات[1] فمنذ ذلك التاريخ يقيد حق الراهن في التصرف في الثمار. ويتساوى حق الدائن المرتهن في ذلك، وحق أي دائن عادي، باعتبار أن القيد المذكور لا يغير نتيجة لحق الرهن، بل نتيجة للحجز على العقار فينطبق، ولو لم يكن العقار مرهوناً.

ب - مدى نفاذ الايجار في حق الدائن المرتهن

١٨٣ - نصت المادة ٩٨٥ مدني على أن الايجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز، أما إذا لم يكن الايجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل طلب الحجز ولم تعجل في الأجرة، فلا يكون نافذاً إلا إذا كان داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة.

- وإذا كان الايجار السابق على تسجيل طلب الحجز تزيد مدته على عشر سنوات، فلا يكون نافذاً في حق الدائن المرتهن إلا لمدة عشر سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن.

١٨٤ - ويلاحظ، بصدد النص السابق ما يلي:

ان نفاذ الايجار في حق الدائن المرتهن، لا يظهر، خصوصاً إلا حيث يباع العقارفيتقيد المشتري بعقود الايجار النافذة على الوجه المبين بالنص.

- وفي مدى نفاذ الايجار في حق الدائن المرتهن، يتعين التمييز - بدقة بين فرضين: الأول، إذا كان الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز وفيه، يكون الايجار نافذاص في حق الداذن، بصرف النظر عن

---

(١) وبتسجيل تنبيه نزع الملكية في المادة ٤٠٦ من قانون المرافعات المصري - بينما نصت المادة ١٠٤٤ مدني على أن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون، وفي قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار. وجاء نص م٤٠٦ مرافعات، كمحض تطبيق لهذا النص.

اعتباره من أعمال الإدارة الحسنة، أولاً ومع ذلك، إذا كان الايجار السابق على تسجيل طلب الحجز على العقار تزيد مدته عن عشر سنوات، تعين، لكي نافذاً بمدته كاملة، أن يكون مسجلاً قبل قيد الراهن، فإن لم يكن مسجلاً قبل قيد الرهن اقتصر نفاذه على عشر سنوات فقط. بحيث يعتبر المرتهن غير un tirs بالنسبة للايجار الذي تجاوز مدته العشر سنوات. وبعبارة أخرى، لا يسري في حق الداذن المرتهن أي إيجار تزيد مدته عن عشر سنوات. ما لم يكن مسجلاً قبل قيد الرهن. ويحسب مدة العشر سنوات من تاريخ تسجيل طلب الحجز[1].

- أما الفرض الثاني، وفيه يكون الايجار غير ثابت التاريخ، قبل تسجيل طلب الحجز، فهذا الايجار لا يسري في حق الدائن المرتهن - ما لم يكن من أعمال الإدارة الحسنة. ولا يكون الايجار من أعمال الإدرة الحسنة، إذا كانت أجرته نقل عن أجرة المثل. أو يكون قد انعقد لمدة تجاوز المدة المعقولة[2].

وهي تختلف باختلاف الظروف، ويقدرها القاضي وفقاً لما يجري عادة في تأجير مثل العقار المرهون[3] فإن جاوزت مدة الايجار الحد المألوف، وجب على المحكمة انقاصها.

- فإن كان الايجار نافذاً في حق الداذن المرتهن - على النحو

---

(١) ويبدو ان المشرع قد رأى في العشر سنوات فترة طويلة، تمس بالقيمة الحقيقية للعقار، منها المدة في النص المقابل في القانون المصري تسع سنوات ـ م١٠٤٥/٢ مدني.

(٢) ومن الفقه المصري انها التي لا تجاوز ايجار ٣ سنوات للاراضي الزراعية وسنة لايجار الأماكن. مثلا / البدراوي / ص ١٣٣/ بند ٩٥.

(٣) المذكرة الإيضاحية تعليقا على المادة ٩٨٥ مدني/ص ٧٤٦.

الذي بسطناه – بعد تسجيل طلب الحجز، يجوز للمستأجر الوفاء بالاجرة إلى المالك[1].

حـ - قبض أجرة العقار، وحوالتها مقدماً:

١٨٥ – تبادر إلي التنبيه في البداية بأن الأجرة عن المدة السابقة لوقت التحاق الثمار بالعقار أي السابقة على تسجيل الحجز، لا تدخل فيما يشمله الرهن. فيحتفظ الراهن بها، ويكون له قبضها، والتصرف فيها عن طريق الحوالة، ولو حتى قبل استحقاقها.

ومقابل ذلك، فإن الأجرة تدخل فيما يشمله الرهن، فتلتحق به من تاريخ تسجيل طلب الحجز، ويتعلق بها حق الدائن المرتهن. فيترتب على قبض المؤجر «الراهن» لها مقدماً أو حوالتها إنقاص قيمة العقار عند البيع «الأمر الذي يقتضي حماية الدائن المرتهنمن مثل هذه التصرفات. وهو ما عرضت له المادة ٩٨٦ مدني، التي فرقت بين فرضين :

الأول – أن تكون المخالصة بالأجرة، أو الحوالة بها ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز. وفي هذا الفرض يتعين النظر لمدة المخالصة أو الحوالة بها فإن كانت عن مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، كانت نافذة في حق الدائن المرتهن، فإن كانت عن مدة تزيد عن ثلاث سنوات، فلا تكون نافذة فيما زاد عن المدة المذكورة، ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن.

أما الفرض الثاني، أن تكون المخالصة بالأجرة، أو الحوالة بها غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل طلب الحجز، فلا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن.

(١) أحمد الزقرد، وفايز الكندري «عقد الإيجار» ط١ /٩٩٩/ ص / بند.

المطلب الثاني: آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

- صفتان، وحقان للدائن المرتهن:

١٨٦- للدائن المرتهن، صفتان: فهو دائن، ومرتهن. وبالأولى، يعتبر صاحب حق شخصي هو الحق في الضمان العام، كسائر الدائنين العاديين - إعمالاً لنص المادة ٣٠٧ مدني وبالثانية، صاحب حق عيني على العقار المرهون، يخوله التنفيذ عليه، وتتبعه في أي يد يكون، واستيفاد حقه بالأولوية، أو الأفضلية على سائر الدائنين العاديين أو الدائنين «أصحاب الحقوق العينية التبعية» التالية له في المرتبة.

١٨٦ - مكررا - ونعرض بداية للدائن المرتهن، كدائن عادي ثم بصفة دائناً مرتهناً على التفصيل الآتي:

أولا - الدائن المرتهن، دائن عادي:

- للدائن المرتهن، بوصفه دائناً عادياً، الحق في الضمان العام للمدين وبهذه الصفة، له أن ينفذ على أموال المدين جميعها، وإنما دون أن يكون له أولوية على سائر الدائنين العاديين. ذلك أن حقه في التقدم مقصور على المال المخصص لضمان الوفاء بحقه. فتقرير الرهن، لا يحرم الداذن المرتهن من حقه كداذن عادي في التنفيذ على الأموال الأخرى للمدين غير المشمول بالرهن. والقول بغير ذلك يعني، وضع الدائن ذا التأمين الخاص «الرهن في حالتنا» في مركز أقل من الداذن العادي، الذي يكون له حق الحجز على جميع أموال المدين بما فيها امواله المحملة بتأمينات» [1] [2].

---

(١) باعتبار أن وجود تأمين معين على مال معين من أموال المدين لا يخرجه عن الضامن العام لدائنه والدائن صاحب التأمين العيني يتقدم عليهم عن توزيع الثمن المتحصل من التنفيذ.

(٢) من تقرير اللجنة التشريعية بمجلس الأمة المصري تعليقاً على المادة ٣٠٨ من قانون المرافعات القديم ٧ مايو/ ١٩٦٨.

- وعلى أية حال، لا يجوز للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خصص للوفاء غير كاف. وللمحكمة الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الأموال - على هذا النحو كافية أو غير كافية للوفاء بالدين(1).

- ونلفت النظر، بأن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على أموال المدين غير المشمولة بالرهن قاصرا على الحالة التي يكون فيها الراهن هو المدين. فإن كان الراهن شخصاً آخر بخلاف المدين، «الكفيل العيني. فيما أسلفنا - فإن حق الدائن المرتهن يقتصر فقط في التنفيذ على الأموال المرهونة. وتفسير ذلك - أن الكفيل العيني، مسئولية بحدود المال الذي قدمه ضماناً لدين المدين، فلا تتجاوزه لمجموع أمواله. وعليه، فقد ورد نص المادة ١/٩٩١ مدني صريحاً بأنه إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على أمواله إلا ما رهن منها. ولا يكون له «الكفيل العيني حق الدفع بتجريد المدين. أي لا يجوز للكفيل العيني أن يطالب الدائن بالتنفيذ أولاً على أموال المدين. ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك.

وعلى أية حال، فإن يمكنه الكفيل العيني تفادي أي اجراء موجه إليه إذا هو تخلى عن العقار المرهون، وفقاً للأوضاع، وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخليه العقار ، على ما سنرى فيما بعد(2).

ثانياً - الدائن باعتباره مرتهناً :

١٨٨- للدائن، كمرتهن، الحق في حلول أجل الدين - في التنفيذ على العقار المرهون إذا لم يقم المدين بالوفاء وفقاً للاجراءات المقررة لذلك

---

(١) قرب/ توفيق فرج/ ص١٤٨/ بند ١٤٧.

(٢) عند الكلام من مركز حائز العقار المرهون/ لاحقاً / ص/ بند/

- م٩٩٠ مدني. وعليه، لا يستوفي الدائن المرتهن حقه في العقار المرهون إلا طبقاً لاجراءات معينة تنتهي ببيع العقار جبراً بالمزاد. وهي الاجراءات التي رسمها قانون المرافعات بالمواد ٢٦٣ وما بعدها. وتتمثل خصوصاً في قيام الدائن المرتهن. عند حلول أجل الوفاء بإعلان الراهن، وتكليفه بالوفاء، ونتيجة لعدم الوفاء يتقدم الدائن المرتهن، بطلب الحجز على العقار المرهون... » وننبه إلى أن النص الوارد بالمادة ٩٩٠ مدني يشتمل على قاعدة من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وعليه، يقع باطلاً، بصفة خاصة الاتفاق على اعطاء الدائن، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله حق تملك العقار المرهون بأي ثمن كان - م٩٩٢ مدني. كما يقع باطلاً، الاتفاق الذي يجعل للدائن المرتهن الحق في أن يبيع العقار المرهون دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون، حتى ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن - م٩٩٢ مدني.

- فالنص، يشتمل على حالتين، يقع فيها الاتفاق باطلاً، : الأولى، شرط التملك عند عدم الوفاءPacte commisoire والثانية تسمى شرط الطريق الممهدclouse de voie paree والحالتان محض تطبيق لما ورد بالمادة٩٩٠ مدني بأنه لا يجوز للدائن المرتهن استيفاء حقه من العقار المرهون إلا وفقاً للاجراءات المقررة لذلك، فيبطل شرط التملك عند عدم الوفاء، ويبطل شرط الطريق الممهد، لان الاجراءات التي فرضها القانون وضعت لضمان حقوق كل من الدائن المرتهن، والمدين الراهن على السواء. فلزم اتباعها[1].

---

(١) المذكرة الايضاحية، تعليقاً على نص المادة ٩٩٩١ مدني / ص ٧٤٩ والحالتان، كذلك مجرد تطبيق لمبدأ عدم إغلاق الرهن... م٩٩٢ مدني.

وسوف بداية لبطلان شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء، قبل أن نتناول بطلان شرط الطريق الممهد.

١ - بطلان شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء:

١٨٩ - تنص م ٩٩٢ مدني على أنه «... يقع باطلاً، كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون بالدينأو بأي ثمن كان...» ومفاد النص بأنه لا يجوز الاتفاق بين الدائن المرتهن، والمدين الراهن، قبل حلول أجل الدين، على أن يتملك الأول العقار المرهون عند عدم وفاء المدين، بالالتزام في موعد استحقاقه. فإن وقع الاتفاق على ذلك، اعتبر باطلاً، بطلاناً مطلقاً. وبررت المذكرة الايضاحية للنص المذكور، ذلك بأنه حكم أريد به حماية الراهن الذي قد يقبل مثل هذا الشرط اعتماداص منه على أنه سيفي بالدين ثم نجيب تقديره، ويتعذر عليه الوفاء(١).

- ونعتقد بأن الحكمة من النص، تتعدى مجرد حماية الراهن، من سوء تقديره، لتشتمل منع استغلال الدائن المرتهن، حاجة المدين الراهن، فنتزع منه رضاءه تنقل ملكية العقار إليه في مقابل الدين، أو في مقابل أي ثمن كان. ويترتب - تفريعاً على ذلك نتيجة مؤداها ان شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء لا يقع باطلاً إلا إذا تم قبل حلول أجل الدين اما إذا انفق عليه بعد حلول أجل الدين، كان صحيحاً. يمكن تفسير في الحالة الأولى، وفي الحالة الثانية، على وجود شبهه استغلال الالراهن في الأولى، وانعدامها في الثانية الاتفاق، بعد حلول أجل الدين، على أن ينزل الراهن، للمرتهن عن العقار المرهون وفاء للدين، أو على أن يشتري المرتهن العقار بثمن أكبر، أو أقل من الدين، قد يحقق مصلحة المدين

---

(١) المذكرة الايضاحية تعليقاً على نص المادة ٩٩٢ مدني/ ص٧٤٩.

الراهن، فيجنبه المصروفات التي قد تنجم عن بيع العقار بالمزاد م١٠٠٦ مدني[1]. وبما أن شرط التملك المرهون عند عدم الوفاء باطل لمخالفته للنظام العام. فانه لا يصلح النزول عنه، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ويحوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، ويحوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، أي، ولو لأول مرة أمام محكمة التميز. ونلفت النظر بأن البطلان يلحق الشرط، لا العقد، فيظل عقد الرهن صحيحاً، بحيث يتسنى للدائن المرتهن، اتخاذ إجراءات البيع بالمزاد، وهذه المرة، وفقاً للأوضاع التي رسمها القانون - م ٩٩٠ مدني، محمولة على نصوص المواد ٢٦٣ من قانون المرافعات - واستيفاء حقه من الثمن.

---

(٢) وهي حجمه للرد على القول ببطلان الاتفاق مطلقاً أي سواء قبل حلول الأجل، أو بعده، اعتباراً بوجود نص في قانون التأمينات العينية الملغي، يجيز الاتفاق على تملك المرهون، بعد حلول الأجل، أو قسط منه بينما ورد القانون المدني «الحالي» خلواً من أي نص بهذا الصدد، فيحمل السكوت على بطلان الشرط، مطلقاً، أي حتى ولو تم الاتفاق عليه بعد حلول الأجل. وعندنا أن شرط بطلان تملك المرهون، ينبغي تفسيره، بالنظر إلى الحكمة منه، وهي حماية الرهن خصوصاً من استغلال المرتهن الأمر الذي لا يمكن القول به، إذا تم الاتفاق على الشرط بعد حلول أجل الدين. عكس ذلك، حسام الدين الاهواني ص ٣٧١ - أبو الليل/ ص١٥٥/ بند ١٥٥ - ولا نجد نصاً في القانون الفرنسي يحرم شرط تملك المرهون لعدم الوفاء بالدين في الرهن الرسمي بعكس الحال في الرهن الحيازي Nantissement، سواء ورد على منقول GaGe، أو ورد على عقار Antichrése. المادتان ٢٠٧٨ - ٨٠٨٨ من القانون المدني/ سميلر، وديلبك / ص ٣٣٧/ بند ٣٩١ - ورفضت محكمة النقض الفرنسية أن يمتد بطلان شرط تملك المرهون من الرهن الحيازي بنوعيه إلى الرهن الرسمي L,hypotheque. مدني / ٢٥ مارس ١٩٥٧ - بلتان مدني / ١ رقم ١٤٩ - ومدني ٢٦ ديسمبر ١٩٦١ / بلتان مدني/ ١ رقم ٦٢٢ - ومدني ٢٢ مارس ١٩٦٦ / بلتان مدني ١ - رقم ٢٠١ - ورقم ٢٠٣ ويتعين في هذا الصدد، عدم الخلط بين مشروعية، عدم مشروعية شرط التملك المرهون لعدم الوفاء في أنواع الرهن المختلفة في القانون الفرنسي عنها في القانون الكويتي - ويرى سميلر، وديلبك - مع ذلك بأن الحكمة التي لأجلها تقرر بطلان الشرط في الرهن الحيازي بنوعيه تظل قائمة كذلك في الرهن الرسمي / ص٣٣٨/ بند ٣٩١.

٢ - بطلان شرط الطريق الممهد: La Clause de voie parée [(١)]:

١٩٠ - إعمالاً لنص م ٩٩٢ مدني - يقع باطلاً، كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين، وقت حلول أجله،... في أن يبيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون...» والحكمة التي تقرر لأجلها بطلان الاتفاق بين الدائن، والدين على بيع العقار المرهون، وقت حلول أجل الدين، دون مراعاة الاجراءات التي رسمها القانون هي ذاتها التي تقرر لأجلها تحريم الاتفاق على تملك المرتهن العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين، حماية المدين الراهن ومنعاً لشبهة الاستغلال من جانب الدائن[(٢)] وعليه، يقع باطلاً الاتفاق بين الدائن، والمدين على بيع العقار، بدون تدخل المحكمة، أو بغير طريق المزاد العلني ... ونحو ذلك ما دام قد تم قبل حلول الأجل بينما يكون الاتفاق صحيحاً، إذا تم بعد حلول أجل الدين، لانعدام شبهة الاستغلال من ناحية، ولما قد يحققه للمدين من توفير مصروفات التنفيذ من ناحية أخرى.

---

(١) C.est - a.dire de voie pre parée - سيملر، وديليك ص٣٣٦ / بند ٣٩٠.

(٢) وعند سميلر، ويلبك / مرجع وموضع سابقين، أن هذا الشرط:

«.... n'est Pas sans deangers pour le débiteur ..... » واستنادا لنص م٧٤٢ مرافعات فرنسي.

المبحث الثاني: أثر الرهن بالنسبة للغير

تمهيد، وتقسيم:

١٩١ – أثران مهمان، يترتبان على نفاذ الرهن في مواجهة الغير،: الأول، قبل الدائنين الذين يرغبون استيفاء حقهم من العقار المرهون، فيكون للدائن المرتهن التقدم droit de preferénce عليهم، وهذا هو حق التقدم. والثاني، حق الدائن المرتهن في التنفيذ على العقار المرهون في أي يد يكون، وهذا هو حق التتبع، أو droit de suite .

– ولا يترتب شيء من ذلك «إلا بعد أن تتاح للغير فرصة العلم بوجود الرهن، والاجراء الذي رسمه القانون لذلك هو قيد الرهن...[1] فقد ورد نص المادة ١/٩٩٣ مدني صريحاً على أنه لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عيناً على العقار، وذلك دون إخلال بأحكام المقررة في الافلاس.

١٩١ مكرراً – وعليه نوزع دراستنا لاثر الرهن بالنسبة للغير، على مطالب ثلاثة: الأول عن القيد كاجراء لا ينفذ الرهن بدونه في مواجهة الغير[2] والثاني عن حق التقدم، والثالث عن حق التتبع.

---

(١) المذكرة الايضاحية، تعليقاً على نص م ١/٩٩٣ مدني/ ص ٧٤٩.

(٢) وبينما أحال القانون المدني المصري إلى قانون تنظيم الشهر العقاري في القواعد المنظمة للقيد، بنصه في المادة ١٠٥٤ مدني على أنه يتبع في اجراء القيد، وتجديده، ومحوه، والغاء المحو... الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري. فقد نصت المواد ٩٩٤ إلى ٩٩٩ مدني كويتي، تفصيلاً على أحكام القيد من حيث آثره، وسقوطه، وتجديده، ومحوه، والغاء المحو، ومصروفات القيد.

المطلب الأول : قيد الرهن

١٩٢- القيد، هو الاجراء الذي رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي، بدونه، لا يعتبر الرهن نافذاً في مواجهة الغير، أي أن الدائن المرتهن، لا يستطيع مباشرة، ما يخوله الرهن ضد الغير إلا بالقيد، ومن تاريخه[١].

- والقيد، إجراء بدونه يتعطل مضمون حق الرهن، إلا أنه لا يفي وجود الحق منذ العقد في علاقة الراهن، والمرتهن، وكما قدمنا، فإن أهم آثار الرهن التي تبدو في علاقة الدائن المرتهن بالغير «الافضلية، والتبع» لا تترتب إلا من وقت القيد. فإن تزاحم عدة دائنين فالعبرة بالاسبقية في القيد، وإذا تصرف المدين في العقار فان الدائن المرتهن لا يستطيع التنفيذ عليه إلا إذا قيد - رهنه، قبل تسجيل التصرف. وهو أمر أقرب إلى المنطق. «فليس من الطبيعي أن تفاجئ من يكتسب عقاراً بوجود دائن للمتصرف، يستطيع تتبع العقار تحت يده، وينفذ عليه إلا إذا كان في استطاعته أن يحاط علماً بحق هذا الدائن قبل اكتسابه هذا العقار[٢]»

- ولما كانت القاعدة العامة، عدم نفاذ الرهن في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار م٩٩٣/١ مدني.

(١) والقيد، في الحقوق العينية التبعية، إجراء مقابل للتسجيل في الحقوق العينية الأصلية وبينهما اختلافات، أهمها أن التسجيل لازم لانشاء الحق العيني الأصلي، أو تفلة، أوتعديله أو زواله عن طريق التصرف القانوني بالنسبة للمتعاقدين، والغير بينما القيد، اجراء لازم لنفاذ التصرف المنشئ للحق العيني التبعي في مواجهة الغير فقط، كما أن التسجيل يتم بحفظ العقد كاملاً في سجلات الشهر العقاري بينما يتم القيد، عن طريق حفظ البيانات المهمة بالنسبة للغير أن يطلع عليها وذلك بالدفتر المعد لذلك بادارة التسجيل العقاري... وانظر أحمد الزقرد/ الوجيز في عقد البيع/ ١٩٩٨/ الكويت/ ص١٣٢/ بند ١٣٨ - وبعده.

(٢) من عبارات النقض المصرية - حكم قديم/ ١١ يونيه/ ١٩٤٢/ المحاماه/ ٢٣/ ص٤٢٤/ رقم ١٨٤.

فإن التساؤل، يثور بداية بصدد معنى الغير في أحكام القيد؟ فضلاً عن تساؤلات أخرى بصدد إجراءات القيد، ووقته، وآثره، وتجديده، ومحوه، ثم الغاء المحو. وهي مسائل عرض لها المشرع الكويتي[1] في مدونة القانون المدني. وتفصيلها كالتالي:

أولا : الغير في أحكام القيد:

- نبادر إلي التنويه في البداية - بما ذكرناه، أن الرهن لا يكون نافذاً قبل الغير إلا بالقيد، ومن تاريخه.

والمقصود بالغير Le tiers في أحكام القيد، كل من يمكن أن يضار بسبب وجود الرهن، خصوصاً، بما يخوله الرهن للدائن المرتهن من حق الافضلية، وحق البيع[2] وليس من هؤلاء بطبيعة الحال - المدين الراهن، ولا ورثته. وعليه، يعتبر غيراً، في أحكام الرهن، كل من يضار بما للدائن المرتهن من حق الأفضلية ومن هؤلاء، جميع الدائنين أصحاب التأمينات العينية على العقار المرهون. كالدائنين المرتهنين، الآخرين، وأصحاب حقوق الامتياز على العقار ويدخل كذلك الدائنون العاديون للراهن، في معنى الغير، ووجه الضرر بالنسبة لهؤلاء أن الدائن المرتهن، له حق الأولوية عليهم، خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين في

(١) بعكس نظيره المصري - وإن وردت إجراءات القيد، خصوصاً في القانون الكويتي بقانون التسجيل العقاري رقم ١٩٥٩/٥ المعدل بقانون ٧٣/ ١٩٧٩ / الزقرد / مرجع وموضع سابقين، إنما لا يرجد نص بالقانون الكويتي يحيل القواعد المنظمة للقيد، لقانون التسجيل العقاري، كما هو الشأن في م١٠٥٤ من القانون المدني المصري ونصها، كالتالي «يتبع في اجراء القيد، وتجديده، ومحوه، والغاء المحو، والآثار المترتبة على ذلك كله، الاحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري...» المقصود القانون رقم ١١٤/ ١٩٤٦.

(٢) نقول خصوصاً، -- لأن الرهن قبل قيده، يخول المالك، على ما سنرى - في مباشرة بعض سلطاته على العقار المرهون. كما يجوز للمرتهن، حتى قبل القيد، الاعتراض على كل عمل أو تصرف ينقص من ضمانه، بل وقد تضمن نص المادة. قيوداً تحد من حرية المالك الراهن في استغلال العقار.

الضامن العام أما ما تضمنته نصوص المواد ٩٩٣، ١٠٠٠، ١٠٦٦ مدني من جعل إجراء القيد اساساً لتحديد المرتبة فيما بين الدائنين المرتهنين، وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة العقارية، فلا يقيد أن آثره يقتصر عليهم وقيدهم دون الدائنين العاديين، لأن من حق الدائن العادي أن ينفذ بدينه على العقار فهو يضار من وجود دائن مرتهن يتقدم عليه في اقتضاء حقه من العقار[١].

– ويعتبر غيراً كذلك في أحكام القيد، كل من يضار في مباشرة الدائن المرتهن حق البيع على العقار المرهون. أي كل من انتقلت إليه ملكية العقار المرهون، أو أي حق من الحقوق الأصلية. وبذا، يعتبر مشتري العقار المرهون، غيراً، وكذا صاحب حق الانتفاع، أو الاتفاق[٢].

– وتفريعاً على ذلك، فإن الدائن المرتهن، لا يكون له تتبع العقار المرهون للتنفيذ عليه ما لم يقيد حقه قبل تسجيل التصرف الناقل الملكية إلى الحائز، ولا يكون له الافضلية في توزيع ثمن العقار على غيره من الدائنين ما لم يقيد رهنه سابقاً، اخذاً من قاعدة أن مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ قيده.

ثانيا : اجراءات القيد:

١٩٤ – المقصود باجراءات القيد، الاجابة عن تساؤلات عدة، تتعلق بكيفية القيد، والجهة المختصة به، ونفقاته ووقت إجراء القيد، وآثره، وتجديده، ومحو القيد، والغاء المحو على النحو الآتي:

---

(٢) تميز / ١١/ ١٩٨٥/١٢/ مجموعة القواعد القانونية/ يناير ١٩٩٤/ ص ١٨٣/ ص ١٨٣/ وتفصيلاً، الاهواني/ ص ٣٨٥/ بند ٣٠١.

(٣) وسوف نرى بأنه إذا تصرف الراهن في العقار إلى مشتر مسجل عقدة قبل قيد الرهن، فان القيد لا يتيح آثره/ لاحقاً/ ص/بند.

ثالثا - كيفية القيد، الجهة المختصة به «اصحاب الشأن في القيد»

١٩٥ - يتم القيد، على ما قدمنا، باثبات البيانات الجوهرية، التي يتم الغير الاطلاع عليها، والتي أوجب القانون على الدائن تقديمها إلى إدارة التسجيل العقاري.

- والبيانات المذكورة تسمى قائمة القيد، وللموظف المختص، أن يتحقق من صحة البيانات وعليه ينبغي تقديم عقد الرهن، مع قائمة البيانات[١].

ويلاحظ بأن من يطلب القيد، أصحاب الشأن، أو من يقومون مقامهم، كوكيل أو ولي، أو وصي ... كما يجوز لدائني الدائن المرتهن طلب القيد المضرر لمصلحة إعمالاً لاحقا بطريق الدعوى غير المباشرة، بافتراض توافر شرائطها الاخرى.

وكذا، فإن لورثة الدائن المرتهن، طلب إجراد القيد، إذا توفى[٢] كما يجوز للمحال إليه الدين المضمون بالرهن طلب القيد باسمه.

- وفي كل الحالات، فإن قيد الرهن آعلى اسم الراهن، بصرف النظر عن إذا كان الراهن، هو المدين، أم الكفيل العيني. وإن توفى الراهن امكن إجراء القيد على اسمه، أو على اسم الورثة.

رابعاً : البينات الواجب ذكرها في قائمة الرهن (تخصيص القيد):

- بينت م ١٨ من قانون التسجيل العقاري ما يجب أن تتضمنه

---

(١) على تفاصيل أخرى، بقانون التسجيل العقاري رقم ٥/ ١٩٥٩ المعدل بقانون ٧٣/ ١٩٧٩.

(٢) وانظر

قائمة القيد من بيانات، وبعضها يتعلق بالراهن[1] والدائن المرتهن، أي من ناحية الاسم واللقب، وحل الاقامة، والجنسية.

- وكذا، يجب أن تشتمل قائمة القيد على تاريخ السند المثبت للدين المضمون بالرهن وتحديد الدين ذاته، من حيث مصدرة، و«كقرض، ثمن، أو تعويض» ومقداره كاملاً وميعاد استحقاقه.

ويجب أن يبني بقائمة القيد، تعين العقار الذي رتب الرهن عليه تعيناً دقيقاً ولا يتحقق ذلك ما لم يبين طبيعة العقار، وموقعة... ونلفت النظر بأن تخصيص العقار في عقد الرهن الرسمي ، لا يغني عن تخصيصه في قائمة القيد باعتبار الأخير، وضع لمصلحة الغير.

- جزاء إغفال بيانات في قائمة القيد:

نبادر إلى التنوية - في البداية - بأن إغفال بيان من بيانات القيد، أو الخطأ فيه، كانت مسألة خلافية في الفقة، والقضاء ، بفرنسا،[2] ومصر[3] على السواء.

بينما ورد نص م١٨ من قانون التسجيل العقاري بالكويت صريحاً على أنه لا يترتب على إعقال بيان أو أكثر «مما ذكرناه آنفاً» بطلان

(١) سواء كان المدين، أو كفيل عيني مثلاً

(٢) قبل صدور قانون أول مارس ١٩١٨، الذي عدل نص م ٢١٤٨ مدني فرنسي. حيث جرت محكمة البعض على التفرقة في بيانات القيد بين ما يعتبر جوهرياً، يرتب اعقاله جرت محكمة البعض على التفرقة في بيانات القيد بين ما يعتبر جوهرياً، يرتب اعقاله أو الخطأ فيه بطلان القيد جميعه- وما لا يعتبر جوهرياً، ولا يترتب على اعقالها أو الخطأ فيها بطلان القيد.. بينما تمسك البعض، بمعيار الضرر، وهو الذي عليه نص م ٢١٤٨ مدني فرنسي، حالياً.

(٣) قبل صدور قانون الشهر العقاري رقم ١٤٢/ ١٩٦٤.

العقيد إلا إذا نتج عن ذلك ضرر بالغير ... [1] ومفاد النص، إذن أن اعقال بيان ما، أو الخطأ فيه لا ينشأ عنه بطلان القيد بقوة القانون . وإنما يجب لوقوع البطلان ان يتمسك به من لحقه ضرر. ومن جهة أخرى، فالجزاء، ليس دائماً بطلان القيد، بل يجوز للمحكمة أخذاً من النص المذكور أن تنقض من أثر القيد، فتقصره على بعض العقارات مثلا، بل إن المشرع، أورد تطبيقاً على ذلك فيما يتعلق بمقدار الدين بالمادة ٩٩٤ مدني، بنصها على أنه في حالة اختلاف المبلغ المبين بقائمة القيد عن المبلغ المضمون بالرهن، فإن أثر القيد يقتصر على الأقل منهما.

- فإن لم يترتب على اعقال بيان ما، أو على، الخطأ فيه ضرر بالغير، فليس له طلب البطلان. وعلى من يدعي الضرر، اثباته، وللمحكمة سلطة تقدير الضرر، وتحديد مداه، بدون رقابة محكمة التميز.

- ونلفت النظر بأن تصحيح بيان خاطئ، أو تدارك بيان لم يذكر- على النحو الذي بسطناه- لا يكون إلا بأجراء قيد جديد، بحيث تتحدد مرتبة الرهن - في خصوص هذا البيان، بالقيد الجديد، ما لم يقع ظرف، يحول دون إجراء القيد، أو يوقف نفاذه على ما سنرى حالاً:

خامسا : وقت إجراء القيد

١٩٨ - نبادر إلى التنويه - في البداية - بأن القانون لم يحدد مدة معينة يجب أجراء القيد خلالها، وعليه، يجوز إجراء القيد من وقت انعقاد العقد، بافتراض صحته وحتى، بافتراض قيام العقد، قابلاً للابطال، امكن إجراء القيد قبل صدور الاجازة - وبعكس ذلك، إذا

() ويلاحظ بأن الضرر لا ينشأ غالباً إلا عن خطأ أو اهمال في بيان جوهري والعكس.

كانت آثار العقد موقوفة على اقرار شخص ما «وكالة، تجاوز فيها الوكيل سلطات مثلاً» لم يكن من الجائز - في الرأي الراجح - إجراء القيد إلا بعد صدور الاقرار[1]. كما يجوز إجراء القيد، حتى بعد انعقاد عقد الرهن في أي وقت. ومع ذلك، فإن من مصلحة الدائن المرتهن - على ما سنرى حالاً - قيد الرهن، في الوقت المناسب - حتى لا يسبق غيره في شهر حق آخر على العقار المرهون فيسل فاعلية الرهن.

١٩٨ - مكرراً - ولذا، فإن ثمة وقائع، تطرأ توقف إجراء القيد، أو تمنع نفاذه، وهي تسجيل طلب الحجز على العقار، وتسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون إلى الغير. تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، وإفلاس الراهن[٢].

١ - تسجيل طلب الحجز على العقار:

- الرهن الذي يقيد بعد تسجيل طلب الحجز على العقار لا ينفذ في حق الحاجزين، ولو كانوا دائنين عاديين، ولا في حق الراسي عليه المزاد- أخذاً من نص المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات[٣].

وعليه، يتعين التمييز بدقة، بين ما إذا كان الرهن قد قيد تسجيل طلب الحجز أو أن طلب الحجز قد سجل سابقاً لقيد الرهن. فان كانت الأولى، ترتب آثار الرهن «في التقدم والتبع» للدائن المرتهن قبل

---

(١) من الفقه الفرنسي/ بلا بنول/ ريبير/ بند٧٢٩.

وانظر في اهمية اجراء القيد في الوقت المناسب سيملر وديلبك / ص ٣٤١/ بند ٣٩٦.

(٢) وانظر في القانون الفرنسي المواد ٢١٤٧ مدني والمادة ١/٥٧ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥.

(٢) وانظر في كالتالي «...لا ينفذ في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين، ولا في حق الراسي عليه المزاد ما يرتبه المدين أو الكفيل العيني أو الحائز من رهون، أو امتياز متى كان الرهنأو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل طلب الحجز.» وانظر الاهوائي/ ص ٣٩٥ بند ٣٠٨.

الحاجز. طلب الحجز قبل قيد الرهن، لم تترتب آثار الرهن المذكورة في مواجهة الحاجز.

٢ - تسجيل تصرف ناقل لملكية العقار المرهون إلى الغير:

٢٠٠ - وهذه المسألة تفترض أن الراهن تصرف في العقار المرهون، وسجل التصرف إليه، التصرف قبل قيد الرهن ويترتب على ذلك انتقال ملكية العقار إلى المنصرف إليه خالياً من الرهن. ولا يبقى للدائن المرتهن، سوى دعوى شخصية قبل المدين الراهن، تأسيساً على عقد الرهن المبرم فيما بينهما.

ويتعين تطبيق ذات الحكم، إذا بيع العقار، قضاء، وسجل حكم رسو المزاد قبل قيد الرهن من قبل الدائن المرتهن[1] وعلى هذا، ورد نص المادة ٩٩٣ مدني لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار...». والمقصود بالحقوق العينة على العقار في النص، أي تصرف ناقل للملكية، كالبيع والهبة، والمقايضة، والوصية بالعقار. فإن كان التصرف مقرراً، فلا يحول دون قيام المرتهن بقيد، رهنة برغم تسجيل التصرف المقرر، وعليه، ويجوز للمرتهن من المشتاعين، قيد الرهن، رغم تسجيل الشفعة[2].

---

(١) وإذا كان قيد الرهن لا يجعله نافذاً في مواجهة المصرف إليه الذي سبق إلى التسجيل فقد يحتج على ذلك، يمنع القيد، عديم الفائدة «حتى لا يزدحم التسجيل العقاري بقيود لاأثرها.. ومردود على ذلك، بأن صدور تصرف ناقل للملكية العقارية من الراهن لا يحول بين المرتهن، وإجراء القيد القيد، فالملكية في العقارات لا تنقل إلا بالتسجيل - الزقرد / ص/ بند - فاذا سجل التصرف الناقل للملكية، بعد القيد، انتقل العقار إلى المنصرف إليه غير خال من الرهن وعكس ذلك مرقس/ رقم ١٠٠ بصفة خاصة

(٢) البدراوي / ص٩٣/ بند ٦٨ - الذي أشار إلى موسوعة دالوز/ جـ ٢ / ص ١٠٤٤ رقم ٢٣٤ وانظر الاهواني / ص ٣٩٦/ بند ٣٠٩.

٣ - تسجيل الرغبة في الاخذ بالشفعة:

٢٠١ - اعمالاً لما ورد بالمادة ٩٠٢ مدني لا يسري في حق الشفيع، أي تصرف من المشتري من شأنه نقل الملكية، أو ترتيب حق عيني آخر، إذا كان قد صدر بعد التاريخ الذي أصبح فيه إعلان الرغبة حجة على الغير، وفقاً للمادة ٨٩٧ - ويكون للدائنين المقيدة حقوقهم. ما كان لهم من أولوية فيما آل إلى المشتري من ثمن.

ومن قبل نصت المادة ٨٩٧ مدني - على أنه لا يكون إعلان الرغبة حجة على الغير إلا إذا علم به. فاذا كان المبيع عقاراً، فيكون تسجيل اعلان الغربة قرينة قاطعة على علم الغير.

- وبحمل النص الوارد بالمادة ٩٠٢ مدني على نص المادة ٨٩٧ مدني، نخلص أن المرتهن الذي يقيد حقه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة لا يكون له حق البيع في مواجهة الشفيع، ولكنه لا يفقد حق الافضلية فيما آل إلى المشتري من ثمن العقار، وبعبارة أخرى، فإن تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل قيام الدائن المرتهن بقيد العقار، يعطل وجهاً واحداً من آثار الرهن، وهو التبع لكنه لا يمنع المرتهن، من حق الافضلية، وبعكس ذلك، يكون للدائن المرتهن، كافة آثار الرهن في حق الغير، إذا قيد حقه قبل تسجيل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة على العقار المشفوع فيه.

٤ - شهر الافلاس :

٢٠٢ - بعد أن نصت المادة ٩٩٣ مدني على القاعدة العامة لنفاذ الرهن، بقيده في حق الغير، ورد عبارة «على أن يكون ذلك بمراعاة الأحكام المقررة في الافلاس...» - ولما كان أحكام الافلاس، قد نظمت بقانون التجارة، فطبقاً للمادة ٥٧٧ /٢ منه... إذا كان التصرف مما لا

يجنح به إلا بالقيد، أو التسجيل، أو غير ذلك من الاجراءات، لم يسر في حق جماعة الدائنين إلا إذا تم الاجراء قبل صدور الحكم بالافلاس» ويستفاد من النص بمفهوم المخالفة أن ما يقيد من رهون[1] بعد صدور حكم اشهار الافلاس لا يكون له أثر قبل جماعة الدائنين. وليس للدائن المرتهن. والحال هكذا - إلا أن يتقدم في التفليسة كدائن عادي، «بلا أفضلية» على سند من القول بأن الدائن يعتبر غيراً بصدور حكم الافلاس بما يؤدي إلى عدم الاعتداد قبله بأسباب الافضلية التي لم تفيد حتى ذلك الوقت.

- بينما نصت م٥٨٤ من قانون التجارة على أنه لا يجوز التمسك في مواجهة الدائنين بكل رهن، أو تأمين اتفاقي آخر إذا قام بها المدين بعد تاريخ الوقوف عن الدفع، وقبل الحكم بشهر الافلاس. «والنص ، يذهب بعيداً، ليسمل مجرد عقد الرهن، الذي يبرمه المدين خلال فترة الريبة، لا يكون نافذاً فعل الدائنين. ومن باب أولى يسري الحكم على قيد الرهن.

- ونصت م ٥٨٦ تجاري على أن قيد حقوق الرهن، أو الامتياز المقررة على أموال المدين، يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا حصل القيد بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وبعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز[2] ويشترط لسريان

---

(١) باعتبار اننا نعرض لأحكام الرهن، بينما يسري النص على سائر التأمينات العينية الواجب قيدها، لسريانها قبل الغير، كما يسري على الحقوق العينية الأصلية، الواجب تسجيلها.

(٢) والنص لم نصت جديداً إلى ما سبقه من نصوص، وإن بين صراحة أن الجزاء، عدم نفاذ ال ، لابطلانه كما هو الشأن في نص م٢٣١ تجاري مصري.. مع ذلك - تناغو/ ص٢٥٠/ بند ٨٨ - مؤكدا بأن ابطال القيد في النص المذكور، يعني الحكم بعدم نفاذ أثره - عكس ذلك البدراوي/ ص٩٧ / بند ٧١.

الحكم الوارد بالنص، أن يحصل قيد الرهن خلال فترة الريبة، وأن تقتضي مدة خمسة عشر يوماً بين تاريخ انشاء الرهن، وتاريخ اجراء القيد ومجمل ما تقدم إذن ان ثمة وقائع قد تطرأ فتوقف إجراء القيد «تسجيل تصرف ناقل الملكية العقار المرهون إلى الغير»[1] أو تمنع نفاذه، «تسجيل طلب الحجز على العقار، أو تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، وشهر الافلاس.

– وبعضها يشمل كل أموال المدين أيا كانت، وبعضها يقع على أموال معينة من بينها – ونلفت النظر بأن وقف القيد لا يتعلق إلا بالقيد الجديد، لكنه لا ينصرف إلى تجديد قيد قديم، فهو على ما سنرى جائز في كل وقت، ما دام، تم قبل الوقائع السابقة.

سادساً - نفقات القيد:

٢٠٣ – نفقات القيد، كنفقات عقد الرهن يتحملها الراهن، فقد نصت المادة ٩٩٩ مدني على أن مصروفات القيد، وتجديده، ومحوه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك.

– ومؤدى النص، أن الدائن المرتهن، إذا انفق شيئاً من النفقات المذكورة، امكنه الرجوع على الراهن بما انفق. والمهم أن النص، يخول الراهن الحق في استرداد المصروفات بضمان الرهن، وبذات المرتبة التي اكتسبها بالقيد[2].

---

(١) بينما اختلف الفقه المصري، بشأن ما إذا كانت وفاة الراهن، مانعاً من اجراء القيد، فأجاب البعض إيجاباً / جمال زكي/ ص ٢٨٠ / ومرقس/ ص ١٦٨/ بند ١٠٤، وأجاب العبض سلباً، منصور/ ص ١١٠ / بند ٤٩ – البدراوي / ص ٩٩/ بند ٧٣ – تناغو/ ص ٢٥٣.

(٢) البدراوي / ص١٠٢/بند٧٦.

والمصروفات، المذكورة بالنص، وردت، حصراً فلا يجوز أن يتحمل الراهن بغيرها. - وأخيراً، فإن المادة ٩٩٩ مدني تشتمل على قاعدة مكملة، بحيث يجوز الانفاق على ما يخالف أحكامها، بتحميل المرتهن لا الراهن، بعض المصروفات المذكورة.

سابعاً - تجديد القيد:

نصان، وتعليق:

٢٠٤ - نصت م ٩٩٥مدني على أنه يسقط القيد إذا لم يجدد خلال عشر سنوات من تاريخ إجرائه. على أن للدائن أن يجري قيداً جديداً إن امكن ذلك قانوناً تكون مرتبته من وقت إجرائه. ولك تجديد لا يكون له أثر إلا لمدة عشر سنوات من التاريخ الذي أجرى فيه[١].

ونصت م ٩٩٦ مدني على أنه يتحديد القيد واجب حتى أثناء إجراءات التنفيذ على العقار المرهون، ولكنه لا يكون واجباً إذا انقضى الحق، أو طهر العقار وبوجه خاص إذا تم بيع العقار قضاءً:

- ومفاد ما تقدم أن القيد، يسقط إن لم يجدد قبل انقضاء عشر سنوات من تاريخ اجرائه. والحكمة من ذلك أنه «بيسر للغير أمر البحث للتعرف على حالة العقار إذ أن من شأنه قصر البحث على العشر سنوات الأخيرة[٢]» .

ونتساءل عن مدى صحة هذه الحجة في الوقت المعاصر، الذي تنظم فيه العقود من خلال قاعدة بيانات عن طريق الحاسب الآلي «بما

(١) بينما ورد النص المقابل في القانون المصري بالمادة ٤٣ من قانون الشهر العقاري.

(٢) منقولاً عن بيدان، وفوران/ ج١٤/ بند ٩٣١ - عن البدراوي / ص ١٠٥/ ه.(١) وحجج آخرى في الاهواني/ ص ٤٢٦/ بند ٣٣٥.

ييسر التعرف على حالة العقار أيا كانت مدة قيد الرهن[1] على ما يتضمنه سقوط القيد[2] إن لم يجدد من فقد الداذن لضمانه، وهو جزاء لا يتناسب، والحماية المقررة للدائنين المرتهنين إعمالاً للقواعد العامة في الرهن، ولا يتناسب، ومجرد نسيان المرتهن، تجديد القيد قبل تمام العشر سنوات، وقدير على ذلك بأن سقوط القيد لا يعني سقوط حق الرهن، وانما يعني سقوط مرتبة الرهن التي تقررت بالقيد وعليه، يتسنى للمرتهن اجراء قيد جديد، ومردود على ذلك مدة أخرى - بأن مرتبة الرهن، تتحدد من تاريخ إجراء القيد الجديد م٩٩٥ وعليه، يجنح على المرتهن - في الفترة من سقوط القيد الأولى إلى القيد الجديد - بأية حقوق عينية قررها الراهن على العقار. بل وابعد من ذلك، قد يقع طارئ - مما ذكرناه آنفاً، كانتقال ملكية العقار المرهون إلى مشتر، يسجل، أو افلاس الراهن... يحول دون إجراء القيد، أو يمنع نفاذه. وبذا يبقى جزاء سقوط مرتبة الرهن التي تقررت بالقيد، غير ملائم - في اعتقادنا - ومجرد نسيان تجديد القيد قبل انقضاء عشر سنوات. خصوصاً، أن الحجة العملية، الخاصة بازدحام دفاتر التسجيلات العقارية، بقيود مضى عليها زمن بعيد، لا يمكن التمسك بها من زمن الحاسوب فيما ذكرنا.

- وعلى أية حال، فإن أثر تجديد القيد في موعده، إعمالاً لنص المادة ٩٩٥ مدني أن يحفظ الرهن بمرتبة الاصلية «أي تلك التي اكتسبها بالقيد الأصلي» أو بعبارة أخرى منع سقوط القيد، على ما يرتبه من آثار.

---

١) وهو المعمول به حالياً، سواء بالنسبة لشهر الحقوق العينية التبعية «القيد» أو الحقوق العينية الأصلية «التسجيل» وليس في الثانية، بعكس الأول تجديد.

(٢) بقوة القانون، بحيث يحوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

– فإن لم يجدد القيد في موعده، امكن لأي شخص من الغير في معنى القيد أن يجنح بعدم حصول التجديد[1] ومن هؤلاء، من آلت إليه ملكية العقار المرهون أو اكتسب عليه حقاً عينياً، وكذا، للدائنين العاديين الاحتجاج بعدم حصول التجديد. بينما لا يجوز للراهن، ولا لورثته التمسك بعدم حصول التجديد، لأن التجديد كالقيد، أثره، نفاذ الرهن في مواجهة الغير، وهؤلاء، ليسوا غيراً، لا في معنى القيد، كما أسلفنا – ولا معنى التجديد – ومن جهة أخرى فإن الرهن، نافذ قبل الراهن، وورثته لمجرد ابرام عقد الرهن ونذكر – بأن الرهن، بانشائه يعتبر نافذاً في مواجهة طرفيه. بينما نقتصر آثار القيد، والتجديد، فقط على نفاذه قبل الغير[2].

ويبقى أن نوضح بأن المشرع يوجب، بالمادة ٩٩٦ مدني، إجراء التجديد حتى أثناء اجراءات التنفيذ.

---

(١) حتى، ولو كانوا عالمين بوجود الرهن، وسبق قيده/ نقض ١٩٤٢/٦/١١/ عمر/ جـ ٣/ ص ٤٧٣ رقم ١٧١ فيما اشير إليه في البدراوي/ ص١٠٩/ هـ (٤).

(٢) الاهواني/ ص ٤٣٥/ والبداوي / موضع سابق.

المطلب الثاني : حق التقدم - «الافضلية» Droit de Préference

نصوص قانونية، احالة وتقسيم:

٢٠٥ - تناول التقنين المدني حق التقديم، أو الافضلية في أربع مواد «من ١٠٠٠ إلى ٣٠٠٣» نص في الأولى منهم، على تحديد مرتبة الدائن المرتهن، وعلى تحديد وعاء التقديم أو الافضلية.

بينما خصص المادة ١٠٠١ مدني لبيان مرتبة الرهن، لو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط، أو كان ديناً احتمالياً، أو مستقبلاً.

- ثم بنت م ١٠٠٢ مدني الحقوق التي يستوفيها الدائن المرتهن بالافضلية، على غيره، بينما نصت المادة ١٠٠٣ مدني على حكم تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته.

٢٠٥ مكرراً- ولما كنا قد عرضنا للحقوق التي يستوفيها الدائن المرتهن بالتقدم على غيره عند تناولنا لاحكام القيد فإننا نحيل إليها. ونقتصر في دراستنا على - تحديد وعاء التقدم، ومرتبة الدائن المرتهن عند التزاحم وأخيراً نزول الدائن عن مرتبته على النحو الآتي:

الفرع الأول - وعاء التقدم :

٢٠٦ - نبادر إلى التنوية - في البداية - بأن المقصود بوعاء التقدم، الأموال التي يستوفي الدائن المرتهن حقوقه منها، متقدماً على غيره من الدائنين. أي بالاولوية أو الأفضلية عليهم.

ولبيان، وعاء التقدم، نصت م ١٠٠٠ مدني على أنه يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل العقار، وذلك بحسب مرتبة كل منهم.

- وهذا النص يكمله نص المادة ٩٨٩ مدني، ومؤداة، إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

ويبين من النصين المذكورين، أن للدائن حق التقدم، أو الافضلية، ليس فقط أموال على الوجه الآتي بيانه:

أولاً - للدائن حق التقدم على ثمن العقار

٢٠٧- الرهن، فيما قدمنا، يشمل العقار على المعنى الوارد بالمادتين ١/٩٧٦، وملحقاته، على المعنى المبين بالمادة ٩٧٧ مدني، التي تعتبر عقاراً، وتفريعاً على ذلك فإن للدائن المرتهن أن يباشر حقه في التقدم على العقار، وعلى ملحقاته التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه خاص، الأبنية، والاشجار التي تكون قائمة وقت الرهن على العقار المرهون، أو تستحدث بعده، وحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص، وجميع التحسينات والانشاءات التي تجري في العقار المرهون، وذلك كله ما لم يتفق على غيره.

والمهم بأن للداذن حق التقدم على ثمن العقار، وملحقاته على النحو الذي يسطناه سواء ثم بيع العقار قضائياً بطريق المزاد العلني، أو عن طريق «الاتفاق».

ثانياً - للدائن حق التقديم على المال الذي يحل محل العقار:-

٢٠٨ - رأينا بأن المادة ١٠٠٠ مدني قد اشتملت على قاعدة مؤداها أن للدائن المرتهن استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون، أو من المال الذي حل محل هذا العقار... كما اشتمل التقنين المدني على تطبيقين لهذه القاعدة: الأول، فيما نص عليه بالمادة ٩٨٩ مدني بانتقال

الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على هلاك العقار المرهون أو تلفه لأي سبب كان، كالتعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة والثاني. تضمنه نص المادة ٩٧٨ مدني، وبمقتضاه، يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقاض إذا هدمت المباني القائمة على أرض الغير المرهون رهناً رسمياً. ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني المذكورة.

- وأخذاً من القاعدة العامة، وتطبيقاتها فإن حق التقدم يباشره الدائن على التعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية على النحو الآتي: على ثمن العقار، وانما كذلك على أي مال يحل محل العقار «على اتساع النص ليشتمل التعويض، والتأمين، ومقابل نزع الملكية. وقد اتجه رأي في الفقه المصري لتفسير الحكم بالمادتين ١٠٤٩ ، ١٠٥٦ مدني على أنه محض تطبيق للحلول العيني[1] حين اتجه رأي آخر، إلى عدم الحاجة لفكرة الحلول العيني، على سند من القول بأن حق الدائن يقع على العقار، بما يمثله من قيمة ماله. وعليه، فان حق التقدم لا يرد على ثمن العقار بل على كل مقابل مالي يحل محل العقار« كالتعويض ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة[2] وهو ما يمكن الأخذ به تفسيراً للنص الوارد بالمادة ١٠٠٠ محمولاً على المادة ٩٨٩ من القانون المدني الكويتي. ومع ذلك تظل الحلول العيني صالحة للتطبيق، في إذا كان دين الدائن غير مستحق الأداء. فيستحق المقابل التعدي، قبل استحقاق الدين، فيخصص المقابل لضمان حق الدائن إلى أن يصبح مستحق الأداء بحلول أجله إن كان مؤجلاً أو يتحقق الشرط المعلق عليه. ولا يمكن فهم ذلك إلا على سند من الحلول العيني.

(١) مرقس/ ص/ بند ٧٧- وقرب، على تفاصيل اخرى، الاهواني/ ص٤٧٢/ بند ٣٧٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية تعليقاً على نص م ١٠٥٦ مدني/ جـ ٧/ ص ٥٤.

والثاني، أن يحل محل العقار، غير مال، كعقار آخر يقدمه الراهن بدلاً من العقار الهالك. وفيها ينتقل حق الدائن المرتهن إلى العقار الجديد، إعمالاً لفكرة الحلول العيني[1].

- وأيا ما كان، أي سواء حل المقابل محل العقار فينقل إليه الرهن، إعمالاً لفكرة الحلول العيني، أو أخذاص من نص صريح، للمادتين ١٠٠٠، ٩٨٩ مدني كويتي - فان المهم أن الدائن يباشر حقه في التقدم ليس فقط على ثمن العقار وإنما على ما يحل محله التعويض.

أ - التعويض:

٢٠٩ - المقصود بالتعويض، المبلغ المستحق في ذمة المسئول عن هلاك، أو تلف العقار المرهون، بصرف النظر عن طبيعة الخطأ، والمسئول. ومعنى التقدم على المبلغ المذكور، أن يكون للدائن المرتهن استيفاء حقه منه، بالأولوية على سائر الدائنين العاديين، وعلى الدائنين الآخرين «أصحاب التأمينات العينية» التالين له في المرتبة، حتى ولو كان حق الدائن مؤجلاً، اعتباراً بأن هلاك المرهون يرتب سقوط الأجل.

وللدائن المرتهن، لضمان حقه في التعويض، حجز ما للمدين لدى الغير تحت يد المسئول بل فيلتزم الأخير، بعدم الوفاء به يكفي، ي نظر البعض، اخطار الدائن المرتهن المسئول يتعلق حقه في التعويض، لكي يمنع على الأخير، الوفاء للراهن انما في حدود حق الدائن المرتهن[2] فان لم يكن ثمة. - ومقابل ذلك، إذا لم يقم الدائن المرتهن بحجز ما للمدين تحت يد المسئول ولم يقم باخطاره، على النحو الذي بسطناه،

---

(١) منصور / بند ١٣٠/ ص ٢٢٥.

(٢) فيما يراه ، البدراوي / ص ١٥٠ بند ٢٠٦ مؤيداً من ثمن الوكيل/ نظرية التأمينات في القانون المدني/ ١٩٥٦/ ط٣ / ص٢٨٩، وبعدها فيما اشير إليه - في هـ (١).

كان وفاء المسئول للراهن مبرراً لذمته، ولا يغير من ذلك علمه بوجود رهن مقيد على العقار الهالك أو التالف ولا افتراض علمه به، من باب أولى.

ب - مبلغ التأمين:

٢١٠ - تفترض هذه الحالة أن العقار مؤمن عليه ضد خطر ما بحيث إذا وقع الخطر المؤمن عليه، التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين، وبذا يتسنى للدائن المرتهن، بما له من حق التقدم. استيفاء حقه من مبلغ التأمين بالأولوية على المؤمن، يتعلق حقه بمبلغ التأمين، على ما سبق ذكره في التعويض تماماً.

ج - مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة:

٢١١ - إذا نزعت ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، استحق الدائن المرتهن اقتضاء حقه من التعويض «العادل» المستحق مقابل نزع الملكية. ولا يغير من ذلك أن يكون الدين، مؤجلاً، باعتبار أن نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة هلاك قانوني للعقار، بأخذ حكم الهلاك الواقعي، أي سقوط أجل الدين.

الفرع الثاني - مرتبة الدائن المرتهن عند التزاحم :

نسارع للتنويه - في البداية بأن معيار الأولوية عند تزاحم الدائنين هو تاريخ القيد. وعليه فإن الدائن المرتهن، يتقدم في استيفاء حقه على سائر الدايئنين العاديين «غير مقيده حقوقهم» حتى لو كان تاريخ نشأة حقهم يسبق قيد الرهن، وكذا على الدائنين أصحاب التأمينات العينية التالين له في شهر حقوقهم.

وتفريعاً على ذلك إذا تزاحم عدد من الدائنين المرتهنين، كانت الأولوية بينهم بحسب تاريخ قيد الرهن.

فان كانت رهونهم مقيدة في يوم واحد، فالاسبقية بحسب تاريخ، وساعة اجراء القيد. وإن تزاحم دائن مرتهن، وصاحب امتياز عقاري خاص، تعيّن تطبيق ذات القاعدة، بحيث تكون الأولوية لمن سبق إلى القيد منهم[1]، فان كان الامتياز عاماً، فهو الأسبق في المرتبة عن أي امتياز عقاري آخر أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده م ١٠٦٤/٢ مدني - أما فيما بين حقوق الامتياز العامة، فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة.

(١) وقد نظم القانون رقم ١٩٦٤/٣٣، الخاص بنزع الملكية للمنفعة الاجراءات الخاصة بحماية أصحاب التأمينات العينية تفصيلاً للمؤلف، الحماية الخاصة للدائنين المرتهنين - دراسة مقارنة / تحت الطبع - وإعلام هؤلاء بنزع الملكية، أحد أهم مظاهر حمايتهم، وإلا انفرد المالك بقبض التعويض، وصور أخرى للحماية في المؤلف السابق.

- **استثناءات :**

٢١٣ - وما ذكرناه، متعلقا بتحديد مرتبة الرهن بتاريخ قيده لا يمثل سوى قاعدة عامة نستثنى منها ما يلي[١] :

أولا: إذا رهن الشريك على الشيوع حصته الشائعة من العقار، فوقع في نصيب الراهن عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبة بعد القسمة لما يقع في نصيب الراهن أو الى قدر معرز يعادل حصته الشائعة أصلا إعمالا لما ورد بالمادة ١/٩٨٠ مدني، وبشرط الاحتفاظ الرهن بمرتبته تجديد القيد خلال ستين يوما من الوقت الذي يخطر فيه اي ذي شأن الدائن المرتهن بتسجيل القسمة. على أن انتقال الرهن على هذا النحو لا يضر برهن صدر من جميع الشركاء، بمعنى أن الرهن الصادر من جميعالشركاء يتقدم على الرهن الصادر من الشريك، ولو كان مقيدا في تاريخ لاحق على قيده «استثناء من قاعدة الأولوية وفقا لتاريخ القيد»، ويضيف القانون بأن انتقال الرهن على هذا النحو لا يضر بامتياز المتقاسم. بمعنى أن امتياز المتقاسم يتقدم على الرهن، ولو كان قيد الرهن سابقا على قيد امتياز التقاسم، خروجا على قاعدة الأولوية، تتحدد بتاريخ القيد.

ثانيا : لما كانت القاعدة، فيما ذكرنا، أن الرهن الرسمي يشمل ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، وعلى وجه خاص التحسينات، والانشاءات التي تجري في العقار المرهون، م٩٧٧ مدني. فامتداد الرهن على هذا النحو لايصح أخذا من نص م٩٧٧ مدني أن يضر بامتياز المبالغ المستحقة لكل من المقاولين، والمهندسين[٢].

---

(١) وهي استثناءات لا تتضح مع ذلك إلا باستقراء ما ورد بالتقنين المدني متعلقا بالحقوق العينية الأصلية والتبعية على السواء.

(٢) وفي النص المقابل بالقانون المصري/ المقاول، والمهندس المعماري، م١٣٠٦ مدني، ولا يمكن تفسير اتساع الامتياز في القانون الكويتي ليشمل المهندس عموما، وتضييق نطاقه في=

ثالثاً : إذا تزاحم دائن مرتهن رهنا رسميا، ودائن مرتهن رهنا حيازيا عقاريا فالأول - على ما رأينا نافذ في مواجهة الغير بقيده، والثاني - على ما سنرى - لا يكون نافذا قبل الغير إلا بقيده، وبانتقال الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن او الى عدل وترتيبا على ذلك إذا قيد رهن رسمي لاحقا لغير الرهن الحيازي، ولكن قبل انتقال حيازة المرهون، كانت الأولوية للرهن الرسمي. وان قيد بعد قيد الرهن الحيازي.

- وإذا كان المشرع، قد استثنى من قاعدة الأولوية وفقا لتاريخ القيد ما ذكرناه آنفا، فإن التساؤل يثور بصدد كيفية تحديد مرتبة الراهن الضامن لدين مستقبل، او احتمالي، او شرطي، اعمالا لنص م٩٨١ مدني[1]؟ والإجابة، بأن مرتبة الرهن تحسبا في هذه الحالات من وقت قيده، اخذا من نص م١٠٠١ مدني.

إلا أن التساؤل يثور مع ذلك بصدد كيفية مباشرة «التقدم» عند توزيع ثمن العقار، او المال الذي حل محله قبل ان يتحقق الشرط، او قبل ان يوجد الدين المستقبل، او الاحتمالي..؟ وتزداد المسألة صعوبة إذا علمنا بأن المشرع وإن اجاز الرهن ضمانا لدين مستقبل، او احتمالي، او شرطي، وجعل مرتبة الرهن تتحدد بوقت القيد، إلا أنه لم

= القانون المصري، فلا يشمل سوى المهندس المعماري، بمنأى عن المسئولية العشرية، التي تثقل المهندس عموما، بالنص الكويتي، والمهندس المعماري فقط بالقانون المصري، وانظر في اسباب اخرى احمد الزقرد/دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول، أو المهندس/ مجلة الحقوق/ س٢٢/ ع٢/ يونيو ١٩٩٨/ عدد خاص/ ص٥٠٣/ وبعدها - خاصة ص٥٧٩/ بند ١٢١.

(٢) شريطة أن يتحدد من عقد الرهن مبلغ الدين الذي يضمنه الرهن، أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين، المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادة ٩٨١ مدني/ ص٧٤٢.

ينظم كيفية مباشرة حق التقدم، عملا ، أي حينما يجري توزيع الثمن العقار، او ما يحل محله[1] خاصة إذا كان الدائن المرتهن سابقا في القيد للدائنين الآخرين، عند التزاحم..؟ ولا يتسنى الاجابة عن هذا التساؤل، الا بالتفرقة بين الدين الشرطي، والدين الاحتمالي وفي الاول، ينبغي التمييز بين الشرط الفاسخ، والواقف على النحو الآتي:

(أ) اذا كان الدين احتماليا، كان يترتب الرهن ضمانا لفتح حساب جار، ومنه، لا يتحقق وجود الدين ولا يتعين مقداره، الا بقطع الرصيد. فإن شرع في توزيع العقار الضامن لهذا الحساب، ذهب رأي الى توزيع الثمن على بقية الدائنين، مع الزامهم بتقديم ضمان عيني يكفل الوفاء بالمبلغ الأقصى المحدد في قائمة القيد [2] بينما اتجه رأي الى توزيع حصص الدائنين السابقين للدائن المرتهن «البنك» وتبقى حصص الدائنين المتأخرين معلقة على مقيد الدين الناشئ من الحساب الجاري.

(ب) فإن كان الشرط واقفا، أمكن تقدير حصة احتمالية للدائن المرتهن، بينما يتم توزيع ثمن العقار كله على الآخرين من الدائنين، مع إلزام من كان منهم تاليا في المرتبة للدائن المرتهن بتقديم تأمين كاف، يضمن حق المرتهن، اذا تحقق الشرط المتعلق عليه الدين المضمون بالرهن.

حـ - أما إذا كان الشرط فاسخا، كان للدائن المرتهن استيفاء حقه، وفقا لمرتبته في القيد، ولما كانت القاعدة، أن تحقق الشرط

---

(١) تفصيلا، منصور/ ص١٠٨، وبعدها - البدراوي /ص١٥٧/ بند ١٠٩.

(٢) بلانيول، ، ريبر، بواسطة بيكبه/ ج١٢/ بند ٩٧٦ عن البدراوي/ موضع سابق/ هـ(١).

الفاسخ مستقبلا، يترتب زوال حق الدائن باثر رجعي، وجب التحفظ لحقوق لادائنين الآخرين، فإن لم يفعل، أمكن لسائر الدائنين المعارضة في تسليمه ما يستحق حتى يتبين مصير الرهن على ما ذهب اليه الفقه[1].

الفرع الثالث : نزول الدائن عن مرتبته :

نص قانوني ، وتعليق:

٢١٤ - للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة قرهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاد حق هذا الدائن الأول اذا كان هذا الانقضاد لاحقا للتنازل عن المرتبة - م١٠٠٣ مدني.

ونلفت النظر - في البداية - الى أن المقصود بالنزول، نزول الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن فقط. لا النزول عن الرهن، ففرق بين النزول عن الرهن، والنزول عن مرتبته. ولااول، سبب لانقضاء الرهن، بما في ذلك آثاره، والثاني لا يتضمن اي نزول عن الرهن ذاته، بل تنازل الدائن المرتهن المتقدم في المرتبة لدائن آخر تال له في المرتبة، مع بقاء حق المتنازل مضمونا بالرهن، وهو جائز بنص المادة السابقة. كذا فإن

(١) منصور / بند ٥٨/ ص١٠٩ - وضمنا، البدراوي / ص١٥٧/ بند ١٠٩ - تعليقا على نص المادة ١٠٥٧ مدني مصري، المقابلة للمادة ١٠٠١ مدني كويتي، ويمكن الاخذ في القانون الكويتي، فهو كنظيره المصري لم يضع حلا للمسألة.

النزول عن الرهن جائز بصرف النظر عن تعدد الدائنين المرتهنين على العقار. بينما النزول عن المرتبة يفترض بالضرورة تعدد الدائنين، مع تقديم المتنازل اليه.

- وفرق كذلك بين النزول عن المرتبة الرهن، وحوالة الحق المضمون. فبينما النزول عن مدنية الرهن، عمل قانوني، يقصد منه انتقال مرتبة الرهن، بتقديم اللاحق من الدائنين عن السابق في القيد، من دون انتقال الحق المضمون بالرهن، ولا انتقال الرهن ذاته. فإن حوالة الحق المضمون مؤداها، على ما ورد بالمادة ٣٦٨ مدني، انتقال الحق المحال الى المحال له، بجميع تأميناته، ومنها الرهن، فيستفيد الاخير منه بمرتبته، ويتفرع على ذلك، ان انتقال الرهن يأتي تبعا لانتقال الحق المضمون في حين ان النزول عن مرتبة الرهن عمل قانوني، مستقل، ينتقل المرتبة من المتنازل الى المتنازل اليه، دون ان ينقل الحق المضمون، ولا حق الرهن ذاته. وحملا على سبب آخر، يختلف النزول عن مرتبة الرهن «التقدم» عن الوفاء مع الحلول، ففي الأول لا ينقضي دين الدائن المتنازل عن مرتبته بينما يترتب على الوفاء مع الحلول، انقضاء دين الدائن، فيحل الموفى محله في رجوعه على المدين، وسواء كان الحلول قانونيا، او اتفاقيا م٣٩٤ مدني والمتأمل بالنص المذكور - يرى بأنه لا يجيز النزول عن مرتبة الرهن «التقدم» على اطلاقه، وانما يقيده بقيود عدة تكفل في مجموعها عدم اضرار النزول بسائر الدائنين، ويتحقق ذلك مثلا، ان كان للدائن المرتهن، عدة رهون على عدة عقارات، يكفي احدها لضمان حقه. فينزل عن مرتبته على احد هذه العقارات لدائن آخر متأخر عنه في المرتبة، نظير مقابل، فيفيد المتنازل. او ينزل الدائن المرتهن عن مرتبته على أحد العقارات ليتمكن المدين من الاقتراض، واعطاء الدائن الجديد هذه المرتبة[1].

(١) باشتراط من جانب الدائن المرتهن، التنازل للدائن الجديد عن مدينته بعد ابرام الرهن وقيده.

٢١٥ - وتتمثل قيود التنازل الواردة بالنص المذكور فيما يلي:

أ - ان يتم النزول لمصلحة دائن مرتهن آخر. ولذا تصدرت المادة ١٠٠٣ مدني عبارة «للدائن المرتهن ان ينزل عن مرتبة رهنه ... لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار...». وبمفهوم المخالفة، لا يصح النزول عن مرتبة الرهن من الدائن المرتهن الى دائن عادي، ولا دائن مرتهن لم يقيد رهنه، ولا دائن مرتهن قيد رهنا، انما على عقار آخر للمدين. ان النزول بوصفه تبادل مراتب الرهن بين متقدم، ومتأخر، لا يكون الا اذا وجد عدة دائنين مرتهنين مقيدة حقوقهم على نفس العقار. بينما ذهب رأي في الفقه المصري، تفسيرا للنص المقابل في القانون المصري م١٠٥٩ مدني. الى جواز النزول لمصلحة اي دائن صاحب تأمين عيني آخر «بخلاف الرهن» مقيدا على العقار[٢]. وهو ما يمكن الاخذ به كذلك تفسيرا لنص المادة ١٠٠٣ مدني كويتي ولا يغير من ذلك عبارة النص «لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد ...» فلا فرق في هذا الشأن بين اصحاب التأمينات العينية جميعا.

ب - اما القيد الثاني ، فمحض تطبيق لما ورد بالفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ مدني، بأنه لا يجوز التمسك بالتنازل عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن آخر، الا اذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي[١]. وقد جعل المشرع جزاء تخلف التأشير بالنزول، كجزاء تخلف القيد، عدم نفاذه في مواجهة الغير[٣].

---

(١) وهو الشرط الذي يتطلبه المشرع كذلك لتحويل حق مضمون برهن مقيد، والحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق، سواء كان الحلول قانونيا او اتفاقيا، وهي احدى المسائل التي يتفق فيها التنازل عن مرتبة الرهن، وطرق انتقال الحق المضمون بالرهن «الحوالة، الحلول.... سابقا /ص / بند.

(٢) منصور/بند٥٩/مؤيدا من البدراوي/بند١١١ - وعكسه جمال زكي متمسكا بحرفية النص/بند١٥١

(٣) جمال زكي / بند ١٢٩/ وبند ١٥١.

حـ - ولا يكون النزول من قبل المتنازل إلا في حدود ما كان له من حق، ولذا وردت عبارة النص صريحة للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بالرهن ... وعليه، فالمتنازل له لا يحل في حق اكبر مما كان للمتنازل فإن كان دين المتنازل اليه اكبر من دين المتنازل، اقتصر حلول الاول في المرتبة «التقدم» على قدر دين الثاني فقط، بينما يظل الباقي من الدين بمرتبته الاصلية «المتأخرة» والحكمة من هذا القيد، عدم الاضرار بالدائنين التاليين للمتنازل مباشرة، اي من يسبق منهم من المرتبة، المتنازل اليه. وحملا على نفس العلة، فإن النزول عن المرتبة، يخول كل ذي مصلحة التمسك في مواجهة المتنازل اليه بذات الدفوع التي كان يمكن التمسك بها قبل المتنازل. وقد وردت عبارة «أوجه الدفع» بالنص السابق عامة، فتشمل لذلك كل الدفوع سواء تعلقت بالدين، أو بالرهن، او بالقيد، فإن كان الدفع متعلقا بانقضاء دين المتنازل فلا يقبل الدفع الا اذا كان سبب الانقضاء قائما عند التنازل عن المرتبة. فإن كان سبب الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة، يتعين عدم قبوله[1].

---

(١) المذكرة الايضاحية تعليقا على المادة ٩٩٣ مدني / ص ٧٥١ - والبدراوي معلقاً على النص المقابل في القانون المصري / بند ١١١.

المطلب الثالث : حق التتبع Droit de Suite

تعريف التتبع، أحكامه، خطة الدراسة :

التتبع ، هو حق الدائن المرتهن «ما دام قيد الرهن» التنفيذ على العقار المرهون اذا انتقلت ملكيته او اكتسب الغير عليه حقا قابلا للرهن[1]. والتتبع كحق للدائن المرتهن يرتبط بانتقال الملكية، او الحق العيني الى الغير محملا بما عليه من رهن. ويسمى من انتقلت اليه ملكية العقار المرهون،او اكتسب عليه حقا عينيا مما يحوز رهنه وكان غير مسئول عن الدين بحائز العقار المرهون.

وقد وردت احكام التتبع في التقنين المدني بالمواد ١٠٠٤ الى ١٠٢٣ مدني، فنصت المادة ١٠٠٤ منه على تعريف الحائز الذي يتم التتبع في مواجهته ونصت المواد ١٠٠٥، وما بعدها على حقوق الحائز، وخياراته «قضاء الدين» أو تطهير العقار، أو تخلية العقار المرهون.

٢١٦ - مكرراً - وسوف نعرض بداية لشروط مباشرة التتبع، قبل أن نعرض لحقوق الحائز، وخياراته.

---

(١) ويقصره البعض، ابو الليل/ ص١٧٥/ بند ١٧٩ على الحالات التي تنتقل فيها الملكية الى الغير. والحقيقة ان الدائن المرتهن يباشر حق التتبع قبل الغير، أي حائز العقار المرهون tiers detentéur، وهو بصريح نص المادة ١٠٠٤/٢ مدني، من انتقلت اليه ملكية العقار المرهون، او اكتسب عليه بعد الرهن حقا عينيا مما يجوز رهنه المذكرة الايضاحية تعليقا على النص وان عاد يوسع في معنى الحائز على ما ورد بالنص المذكور /ص١٧٧/ بند١٨١. وانظر سيملر، وديلبك/ ص٣٦٢ / بند ٤٢٤.

الفرع الأول : شروط مباشرة، حق التتبع [1]:

نص قانوني ، تقسيم :

٢١٧ - نصت المادة ١٠٠٤ مدني على أنه يجوز للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين ان ينفذ على العقار المرهون في يد حائزه بعد انذاره بدفع الدين، الا اذا اختار الحائز أن يقوم بوفاء الدين، او يطهر العقار من الرهن، او يتخلى عنه.

ويعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأي سبب غير الميراث، ملكية هذا العقار أو اي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون ان يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن[2].

- والنص على هذا النحو، يحدد شروط التتبع سواء بالنسبة للدائن مباشر التتبع او بالنسبة للحائز الذي يباشر التتبع قبله، على النحو الآتي:

أولا : الشروط الواجب توافرها بالنسبة لصاحب الحق في التتبع:

٢١٨ - صاحب الحق في التتبع، الدائن المرتهن، اذا حل اجل دينه، وكان رهنه مقيدا، قبل اكتساب الحائز حقه على العقار. فثمة شروط ثلاثة اذن، بغيرها، لا يتسنى للدائن مباشرة حق التتبع قبل الحائز الذي ينفذ على العقار تحت يديه.

(١) انظر من الفقه الفرنسي، فيرمون، بيع العقار المثقل بالتسجيل - ج س.ب/ ١٩٩٤ . طبعة . الموثقون - ١ - ص٤٥ - وبعدها - كورنو / المصطلحات القانونية / كلمة تأمينات - سيملر، ديلبك / ص٣٦١/بعد ٤٢٢، وبعدها.

الأول، ان يكون دائنا مـرتهنـا، وهو مـا يتـضح من العـبـارة التي تصدرت نص المادة ١٠٠٤ مدني[1]: «يجوز للدائن المرتهن»، أي حتى ولو كان متأخرا في المرتبة، فلا يستفيد عملا من بيع العقار. والمهم بأن الدائن المرتهن، يمكنه ـ على هذا النحو مباشرة حق التتبع وان لم يكن متقدما في مرتبة الرهن.

ـ الثاني : يجب ان يكون الدين المضمون بالرهن قد حل اجله. اما قبل حلول اجل الدين، لا يستطيع الدائن المرتهن مباشرة التتبع قبل الحائز، وقد يحل اجل الدين، حقيقة، او حكما، بما في ذلك افلاس المدين، او إضعاف التأمينات، او عدم تقديم ما وعد به من تأمينات. او حتى بسبب نزول المدين عن الاجل. وبعكس ذلك، فإن الحائز، يستفيد من الاجل القضائي الذي يمنحه القاضي للمدين. ونلفت النظر الى ان الحائز بعكس الكفيل، لا يجوز له حال رجوع الدائن المرتهن عليه، ان يطالب الدائن بالرجوع اولا على الكفيل على ما رأينا[2].

الثالث : ان يكون الدائن المرتهن، قد قيد رهنه، قبل اكتساب الحائز حقه، اي قبل تسجيل سند من انتقلت اليه ملكية العقار المرهون، او اكتسب عليه اي حق عيني اصلي آخر. ويلاحظ ان العبرة في الاسبقية، عند التزاحم بين الدائن المرتهن، ومن اكتسب حقا عينيا اصليا على العقار المرهون، هي الاسبقية في القيد، لا الاسبقية في

(١) بينما نصت م ٢١٦٦ مدني فرنسي، المقابلة للمادة ١٠٠٤ على أن «كل دائن مرتهن، يمكنه التنفيذ علي العقار من مواجهة الحائز – سيملر، وديلبك/ ص٣٦٠ ، بعد ٤٢١ ـ والنص بأصله الفرنسي، ورد على النحو الآتي:

(Les Creanciers ayant privilége ou hypotheque inscrit sur un immeruble le suivent....)

(٢) وسيملر، ودبلبك/ ص٣٦٢/ بند ٤٢٤.

ابرام العقد الذي انشأ الحق. وعليه إذا ابرم (أ) عقد الرهن في تاريخ معين، بينما ابرم التصرف الذي رتب الحق العيني الاصلي «ملكية» او غيرها، في تاريخ لاحق. وتم تسجيل التصرف الاخير قبل قيد الرهن، اعتبر الرهن غير نافذ في مواجهة المتصرف اليه «حائز العقار المرهون» Le tiers déténteurs de l'immeuble. اي لا يمكن للدائن المرتهن ان يتتبع العقار المرهون تحت يديه. وقد رأينا، بأن سبق التسجيل في هذا الفرض، يمنع من اجراء القيد، بمعنى أنه لا يجوز للدائن المرتهن، الذي اكتسب حق رهن غير مقيد، طلب القيد، بعد انتقال الملكية ـ بالتسجيل الى شخص آخر[1].

ثانياً : الشروط الواجب توافرها في الحائز:

٢١٩ ـ نلفت النظر في البداية بأن المقصود بالشروط الواجب توافرها في الحائز، هو الاجابة عن التساؤل الآتي ضد من يمكن مباشرة الحق في التتبع؟ أو Contre qui agir ؟[2]. والاجابة بأن للدائن المرتهن، إذا توافرت فيه شرائط مباشرة التتبع، تتبع العقار تحت يد الحائز[3]. واخذا من نص المادة ١٠٠٤ مدني، فإن الحائز، كل من انتقلت اليه بأي سبب من الاسباب ملكية العقار، او اي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون ان يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن، وبذا، يشترط لاعتبار الشخص حائزا توافر الشروط الآتية: أن يكون قد اكتسب ملكية العقار المرهون، كله، او بعضه، او حقا عينيا عليه قابلا للرهن، وان يكون قد اكتسب الملكية او الحق العيني، بعد قيد

---

(١) سابقا / ص١٦٧ / بند٩٨ مكررا.

(٢) فيما تساءل عنه كذلك، سيملر، وديلبك / ص٣٦١/ بند ٤٢٥.

(٣) مازو / بواسطة شابا / بند ٤٦٧. وهو ليس المدين، ولا الكفيل العيني.

الرهن، وقبل تسجيل طلب الحجر. وان يكون سند الحائز مسجلا. ألا يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن. وتفصيل ذلك كالآتي:

الشرط الأول : ان يكون الحائز قد اكتسب ملكية العقار كله أو بعضه، او حقا عليه آخر قابلا للرهن: والمقصود بالحقوق القابلة للرهن، فيما ذكرناه [1]، الحقوق العينية التي تقبل البيع بطريق المزاد العلني، بصفة مستقلة عن العقار المقررة عليه. ومن ذلك، حق الانتفاع، فإن لم يكن الحق، يقبل البيع بالمزاد العلني - علي هذا النحو كحق الارتفاق، وحق الاستعمال، والسكن، فلا يمكن مباشرة حق التتبع. وتفسير ذلك أن الغرض من مباشرة حق التتبع، بيع الحق، موضوع التصرف بالمزاد العلني، فإن كان الغير قد اكتسب حقا على العقار لا يقبل البيع بالمزاد العلني فلا معنى لتتبعه[2]. وتفريعا على ذلك فإن الحائز العرضي للعقار، لا يعتبر حائزا في معنى نص م ١٠٠٤ مدني، كمستأجر العقار، او مجرد واضع اليد عليه، اذا لم تتوافر بشأنه ما ورد بالمادة ٩٣٥ مدني من شروط. ولا يعتبر حائزا، من تلقى على العقار حقا تبعيا، كرهن رسمي، او حيازي، او امتياز وفي هذه الحالات فإن الدائن المرتهن يباشر اجراءات التنفيذ في مواجهة المالك، متقدما على اصحاب هذه الحقوق، ما دام قيد رهنه قبل قيد هذه الحقوق.

الشرط الثاني : ان يكون الحائز قد اكتسب حقه بعد قيد الرهن وقبل تسجيل طلب الحجز. وترتيبا على ذلك، اذا كان الغير قد شهر حقه سابقا لقيد الرهن، فلا يمكن للدائن المرتهن، ان يحتج برهن في

(١) سابقاً بند ١٣٦ ، والمادة ٢٦٩ مرافعات.

(٢) السنهوري/ بند ٥٢٣ - تناغو / ٢٧١ / بند ٩٥/ نبيل سعد/ ص١١١/ بند٧٨.

مواجهته، وبعبارة أخرى عليه مباشرة حق التتبع. واذا اكتسب الغير حقا على العقار بعد تسجيل طلب الحجز، كان للدائن المرتهن تجاهل هذا الحق، ومباشرة اجراءات التنفيذ في مواجهة المالك وتأكيدا لذلك نصت م ٢٦٩ مرافعات بأن الرهن الذي يقيد بعد تسجيل طلب الحجز على العقار لا ينفذ من حق الحاجزين، ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الراسي عليه المزاد. فإن لم يكن الرهن مقيدا قبل تسجيل طلب الحجز على العقار المرهون، لم يكن للدائن المرتهن حق التتبع لا بالنسبة للحاجز، وبا لانسبة للراسي عليه المزاد.

الشرط الثالث : أن يكون سند الحائز مسجلا: ويجب ان يكون سند الحائز مسجلا، اذا كان قد تلقى الملكية، او الانتفاع بعمل قانوني. اخذا مما ورد بقانون التسجيل العقاري، بأن الحقوق العينية الاصلية لا يمكن ان تنشأ، او تنتقل فيما بين المتعاقدين، ولا بالنسبة للغير الا اذا سجل التصرف الذي يقصد منه انشاؤها، او نقلها، ولا يكون لهذه التصرفات اذا لم تسجل من اثر سوى انشاء التزامات أو حقوق شخصية[1].

الشرط الرابع : الا يكون الحائز مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون: فلا يمكن للدائن ان يباشر حق التتبع في مواجهة الحائز، الا اذا كان الاخير غير مسئول مسئولية شخصية عن الدين، والحكمة من ذلك لا تخفى، فإن كان الشخص مسئولا مسئولية شخصية عن الدين امكن للدائن ان ينفذ من مواجهته مباشرة، بوصفه مسئولا وتفريعا على ذلك، لا يجوز مباشرة اجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني ليس فقط، لانه مسئول مسئولية شخصية قبل الدائن، على ما رأينا، وانما كذلك لانه الراهن، فلم ينتقل اليه ملكية العقار

---

(١) على تفاصيل اخرى في الزقرد/ الوجيز/ ص١٣٢ / بند١٣٨ وبعده.

المرهون - على ما رأينا آنفا. ولا يعتبر الوارث حائزا لانه يعتبر مسئولا في حدود ما آل اليه، عن اداء الدين[1] وتفسير ذلك، انه لا تركه الا بعد سداد الدين، بما يمنع انتقال ملكية شيء من اموال المورث الى الوارث، الا بعد الوفاء بجميع الديون. وعليه فلا يتصور انتقال ملكية العقار المرهون الى وارث الراهن الا اذا انقضى الدين والرهن معا.

الفرع الثاني :حقوق الحائز وخياراته : Les options du tiers detenteurs

٢٢٠ - اعمالا لما ورد بنص المادة ١٠٠٤ مدني، فإن للدائن المرتهن عند حلول اجل الدين ان ينفذ على العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقار، الا اذا اختار الحائز أن يقضي الدين، او يطهرالعقار من الرهن، او يتخلى عنه. وفي كل الحالات، اذا لم يتخذ الحائز شيئا من ذلك، لا يجوز للدائن المرتهن، اتخاذ اجراءات نزع الملكية الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق، او تخلية العقار [2]. ومؤدى الانذار، بالدفع او التخلية تمكين الحائز من التمسك بكل الاوجه التي من شأنها انكار حق الدائن في تتبع العقار في يده، والزامه بالدين. ومن ذلك مثلا، الدفع بعدم وجود الحق المضمون بالرهن، او الدفع بعدم سريان الرهن[3]. اما لعدم صحته، او لعدم نفاذه كأن يدفع ببطلان الرهن، او بطلان القيد، او عدم تجديد العقد قبل تسجيل التصرف.

---

(١) طبقا للراجح في الفقه، منصور/ ص١٢٨/ بند ٦١ - والمذكرة الايضاحية، تعليقا على النص المقابل في القانون المصري - م١٠٦٠ مدني /ج٧ / ص٩٤.

(٢) وللحائز، ان يتمسك بهذه الدفوع، اما بدعوى مبتدأة، او عن طريق المعارضة في الانذار الذي وجهه اليه الدائن، في اي وقت، ولو اثناء اجراء نزع الملكية، واي صدور الحكم بنزع الملكية، وانقضاء مواعيد الطعن فيه/ البدراوي/ ص٦٨٢ / بند ١٢٩.

(٣) سيملر، وديلبك/ ص٣٦٤/ بند ٤٢٥ - وبعده/ المواد ٢١٧١ مدني فرنسي، وبعدها.

وعلى افتراض، انه ليس لديه ما يدفع به مطالبة الدائن، امكنه تحديد موقفه وفقا لخيارات عدة هي: قضاء الدين، او تطهير العقار، او تخليه العقار، او تحمل اجراءات نزع الملكية، والخير للمدين، وطبقا لما تراه محققا لمصلحته.

المحور الأول: قضاء الديون Le paiement

نص وتعليق وتقسيم:

نصت م ١٠٠٦ مدني على انه للحائز عند حلول اجل الدين المضمون بالرهن ان يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك ما صرف في الاجراءات من وقت انذاره بدفع الدين. ويبقى حقه هذا قائما الى يوم رسو المزاد، ويكون له في هذه الحالة ان يرجع بكل ما يوفيه على المدين، وعلى من تلقى منه الحق، كما يكون له ان يحل محل الداذن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق، الا ما كان متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

وغني عن البيان ان الحائز لا يقوم بقضاء الدين، الا اذا كان يحقق مصلحة له، ومن ذلك مثلا ان يكون الحائز اشترى العقار بثمن لم يقم بوفائه بعد للبائع، وتبين ان الثمن اكبر من الديون التي يضمنها الرهن، او مساويا لها فيقوم بوفاء الدين من الثمن المستحق. وبهذا الوفاء يقضي المشتري دين البائع قبل الدائنين المرتهنين،ويقضي دينه بالثمن كله، او بعضه قبل البائع، وبهذا يطهر المشتري العقار من الرهون دون ان يلجأ الى اجراءات التطهير بما يضمنه من مصروفات[1].

واذا آل العقار الى الحائز من بدون مقابل، واختار قضاء الديون،

(١) سيملر وديلبك / ص ٣٦٤ / بند ٤٢٥.

فلا مصلحة للحائز في ذلك. ومع ذلك قد يختار قضاء الديون، ان وجد مصلحة كأن كانت قيمة العقار تزيد كثيرا على مقدار الديون. او كان من المهم له ان يحتفظ بالعقار مهما كان الدين. فإن كانت قيمة العقار اقل من الديون، فلا مصلحة للحائز في الوفاء بحقوق جميع الدائنين، ومع ذلك يمكنه الاحتفاظ بالعقار، بالوفاء للدائن المرتهن الاسبق في المرتبة، فيحل محله في الرهن، وبذا، يضمن عدم رجوع الدائنين المتأخرين عنه في المرتبة، اي يضمن عدم طلب هؤلاء بيع العقار بالمزاد، فثمنه من المزاد اقل غالبا من الثمن الذي دفعه الحائز. ولما كان الثمن يستعمل في قضاء دين الحائز الذي حل محل الدائن الاسبق في المرتبة، فمعنى ذلك ان طلب البيع بالمزاد غير مجد لهم، فينصرف هؤلاء عن التنفيذ على العقار، فيضمن الحائز الاحتفاظ به فيما يسمى في الفقه الفرنسي بالتطهير الفعلي La Purge du fait[1].

٢٢١ - مكررا - والأصل أن يكون قضاء الديون التي يضمنها العقار امرا اختياريا للحائز ان كان يحقق مصلحته، ومع ذلك فثمة حالات ينبغي فيها على الحائز جبرا قضاء الديون وهذه الحالات هي:

ـ الأولى : اذا كان في ذمة الحائز بسبب امتلاكه العقار المرهون مبلغ مستحق الاداء، حالا يكفي بوفاء جميع الداذنين المقيدة حقوقهم على العقار، فلكل من هؤلاء والدائنين ان يجبره على الوفاء بحقه ـ م١٠٠٨ مدني.

والثانية : اذا كان الدين الذي في دمة الجائز، اقل من الديون المستحقة للدائنين، او مغايرا لها جاز للدائنين ان يتفقوا جميعا،

(١) سملبر، ودبلبك/ ص ٣٦٧ / بند ٤٣١ ـ والسنهوري / ص٥٢٩ / بند ٢٦٨ ـ والاهواني ص٥٢٧/ بند ٥٣٣.

ويطالبوا الحائز بدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم، ويكون الدفع طبقا للشروط التي التزم الحائز في اصل تعهده ان يدفع بمقتضاها.

الثالثة : لا يكون للحائز أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بتخليه عن العقار. ولكن اذا هو وفّي لهم فإن العقار يعتبر خالصا من كل رهن، ويكون للحائز الحق في محو ما على العقار من قيود.

وفي غير هذه الحالات، يظل قضاء الديون بالنسبة للحائز، امرا اختياريا، وتبعا لمصلحته. وانما يثور التساول - مع ذلك - الى اي وقت يكون للحائز قضاء الدين؟ ونسارع الى التنويه بأن للحائز، على ما ورد بالمادة ١٠٠٨ مدني قضاء الدين، من اي وقت، ولو اننا سريان اجراءات نزع الملكية، والى يوم صدور حكم بإيقاع البيع.

ومع ذلك فإن مصلحة الدائن ان يبادر لقضاء الدين، فكلما تأخر، زادت ملحقات الدين، خاصة المصروفات التي انفقت في الاجراءات التي يتخذها الدائنون بعد اعلان الانذار[1].

١ - الآثار التي تترتب على قضاء الدين:

٢٢٢ - بعد ان نصت المادة ١٠٠٦ مدني على حق الحائز في قضاء الدين «اختيارا»، حددت الاثار التي تترتب على قضاء الدين، بنصها على أنه للحائز - في هذه الحالة، ان يرجع بكل ما يوفيه على المدين، وعلى من تلقى منه الحق. كما يكون له ان يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق الا ما كان متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين.

---

(١) نبيل سعد / ص١٢٤/ بند ٩.

وبذا، فمن حق الحائز الذي وفى الدين، الرجوع على لامدين، اما بالدعوى الشخصية، واما بدعوى الحلول. بينما نصت المادة ١٠٠٧ مدني على أنه يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن بأن يجدوه عند الاقتضاء، وذلك الى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار، وقت تسجيل سند الحائز. فدل ذلك علي ان وفاء الحائز بالدين، يخوله الرجوع على المالك السابق للعقار المرهون متى كان سند ملكيته يخوله له الرجوع عليه بالضمان:

ثلاثة دعاوى اذن للحائز تترتب على وفاءه بالدين : اثنتان تتولدان للحائز، الذي اختار قضاء الدين، قبل المدين هما الرجوع الدعوى الشخصية، أو الرجوع بدعوى الحلول محل الدائن، كما يتولد عن الوفاء اختيارا بالدين للحائز دعوى بالضمان في مواجهة المالك السابق للعقار المرهون على النحو الآتي:

٢ - دعويان للحائز الذي قضى الدين في مواجهة المدين:

أ - الدعوى الشخصية :

٢٢٣ - ذكرنا بأن الحائز اذا اختار الوفاء بالدين اختبارا، يكون له بداية، الحق في الرجوع على المدين بدعوى شخصية اساسها الاثراء بلا سبب أخذا من نص المادة ٢٦٢ مدني،باعتبار ان المدين، وقد برئت ذمته، بوفاء الحائز بالدين، يعتبر قد اثرى بدون سبب «لانه لم يدفع شيئا» بينما يتمثل الافتقار في ان الحائز قد ادى دينا غير مستحق عليه. وبذا، يعتبرالحائز دائنا للمدين، بما وفاه، ويكون له بالتالي الرجوع عليه، والتنفيذ على جميع امواله، اعمالا لقواعد الضمان العام للدائنين . م٣٠٧ مدني[1].

---

(١) ولا يتحقق عنصر الافتقار، ان كان الحائز مدينا للمدين، بثمن العقار المرهون مثلا، او بجزء من الثمن وقام بالوفاء للدائن بمبلغ المديونية، فإن وفيّ وبقي له شيء رجع فيه على المدين.

ب - دعوى الحلول محل الدائن:

٢٢٤ - كذا، فإن للحائز، الذي اختار قضاء الدين، الحق في الرجوع على المدين بدعوى الحلول محل الدائن، اعمالا لما ورد بالمادة ١٠٠٩ مدني.

ومؤدى الحلول على هذا النحو ان يحل الموفي «الحائز محل الدائن فيما كان للاخير قبل المدين من حقوق وتأمينات، ويستثنى من ذلك التأمينات التي قدمها شخص آخر غير المدين[1]. وعلى ذلك ينبغي لتحديد نطاق الرجوع بعدوى الحلول، التمييز بدقة بين نوعين من التأمينات: الأولى: هي التأمينات التي قدمها المدين نفسه، ومن ذلك مثلا الرهن، الذي قرره المدين على عقار آخر يملكه، وهذه التأمينات يستفيد منها الحائز بالحلول محل الدائن الذي قبض الدين.

أما التأمينات التي قدمها غير المدين، وهي الكفالة الشخصية، والكفالة العينية[2]، فهذه لا يستفيد منها الحائز الذي اوفى الدين - م١٠٠٦ مدني. فالحائز لا يحل محل الدائن في الرجوع على كفيل شخصي كفل المدين، ولا على كفيل عيني قدم رهنا على ماله هو لضمان الدين[3]، وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية [4]، فإن استثناء هذه

---

(١) والنص تطبيق لاحكام الوفاء مع الحلول م٣٩٦ مدني، مع ملاحظة القيد الخاص، بعدم جواز الرجوع الا في حدود التأمينات التي قدمها المدين. والمذكرة الايضاحية تعليقا على المادة ٣٩٦ مدني/ص٣٢٦، ٣٢٧.

(٢) على ما ورد بالمذكرة الايضاحية تعليقا على النص المقابل في القانون المدني المصري - م١٠٦١ مدني، مجموعة الاعمال التحضيرية /ج/٧/ ص١٠١، وبعدها.

(٣) تعليقا على المادة ١٠٠٦ مدني/ص٧٥٣.

٤) البدراوي / عقد البيع/ ط١٩٦١/ ص٤٦٨/ بند ٣٠٤ - الزقرد / ص / بند .

التأمينات يرجع إلى أن العقار لو بقي في يد المدين، ونفذ عليه الدائن لما كان للمدين ان يرجع على الكفيل، فلا يصح ان يسوء مركز الكفيل لمجرد وجود حائز.

٣ - دعوى الحائز بالضمان على المالك السابق:

٢٢٥ - كما يكون للحائز، الذي اختار الوفاء بالدين ان يرجع على من تلقى منه الملكية «المالك السابق للعقار المرهون»، اذا كان سند ملكيته يخوله الرجوع عليه بالضمان. ومن ذلك مثلا ان يكون من تلقى الحائز الملكية منه بائعا، فيكون له «الحائز المشتري» الرجوع بالضمان على البائع طبقا لقواعد الضمان في عقد البيع باعتبار ان قضاء الدين المثقل به العقار من قبيل الاستحقاق الكلي، او الجزئي، اما اذا كان من تلقى الحائز الملكية من لا يضمن «الواهب ـ الموصى» فلا يجوز للحائز الذي قام بقضاء دين الدائن المرتهن الرجوع بالضمان[1].

(١) الزقرد / ص ٢٠٨ / بند ٢٣٢ - وبعده.

المحور الثاني : تطهير العقار

نصوص قانونية ، تقسيم:

٢٢٦ - تضمن نص المادة ١٠٠٩ مدني، الخيار الثاني للحائز، قبل الدائن المرتهن، مباشر الحق من التتبع، وبمقتضاها . يجوز للحائز ان يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل سند حقه، وللحائز ان يستعمل هذا الحق حتى قبل ان يوجه الدائنون المرتهنون الانذار اليه، ويبقى هذا الحق قائما الى يوم توقيع الحجز على العقار من الدائن المرتهن. والنص على هذا النحو قد حدد الشروط التي يجب ان تتوافر فيمن يثبت له الحق في التطهير ووقفه.

بينما نصت م ١٠١٠ ، م١١١١ مدني على اجراءات التطهير «عرض التطهير» والبيانات الواجب ذكرها في العرض. بينما تكفلت المواد ١٠٢٠ الى ١٠١٤ مدني بتحديد الآثار التي تترتب على عرض التطهير. وسوف نعرض بداية لمعنى التطهير، وشروطه ثم اجراداته، وآثاره على التفصيل الآتي:

أولاً : المقصود بالتطهير وشروطه :

١ - المقصود بالتطهير :

٢٢٧ - التطهير، عرض الحائز على الدائنين المرتهنين، المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته، القيمة العقارية، فإن قبلوها، والفرض ان الحائز قدم مبلغا يساوي القيمة الحقيقية للعقار، كان ذلك من مصلحتهم، خصوصا ان عرض الحائز يجنب هؤلاء اجراءات ومصروفات بيع العقار المرهون بالمزاد العلني[1]. ومعنى قبول هؤلاء

---

(١) تناغو / ص٢٩١ / بند ١٠٥ - سيملر وديلبك / بصفة عامة / ص٣٦٧ ، وبعدها.

لعرض الحائز، ان يقوم الاخير بوفاء ديون الدائنين، من قيمة العقار المرهون[1]. فإن رفض الدائنون العرض، او رفضه البعض منهم، تعين عليهم طلب بيع العقار حالا، اي حتى ولو كانت ديونهم مؤجلة، والامر عندئذ لا يخرج عن فرضين الاول رسو المزا دعلى الحائز، والثاني رسوه على غير الحائز، وفيهما معا يطهر العقار مما كان يثقله من الرهن.

والتطهير على هذا النحو، يحق مصلحة الحائز، بما يترتب عليه من احتفاظه بملكية العقار المرهون، خاليا من الرهن، دون ان يدفع مبلغا اكبر من القيمة الحقيقية للعقار. كما انه يحقق مصلحة الراهن، فيكفي ان يجد الاخير مشتريا لعقار مثقل بالرهن، من دون اتباع اجراءات البيع الجبري، بما يشتمل عليه من نفقات ومصروفات يتحملها. كما انه يحقق مصلحة الدائنين المرتهنين، عندما يحصلون على قيمة العقار دون حاجة الى اتخاذ اجراءات البيع الجبري [2]. وإلى ذلك، فإن التطهير وسيلة قانونية، من شأنها تسهيل تداول الملكية العقارية، اعتبارا بأن الشخص يحجم عادة عن شراء عقار مثقل بالرهون. فإن وجدت وسيلة لتخليصه من الرهن كالتطهير، فلن يتردد في الشراء.

وبرغم المزايا السابقة فإن التطهير خيار للحائز، وهو على هذا النحو يستطيع مباشرته في الوقت الذي يريده، وقد يختار التطهير في وقت غير مناسب للدائنين المرتهنين. كما ان الحائز الذي تلقى ملكية جزء من العقار المرهون، عندما يعرض تطهير هذا الجزء بدفع قيمته، فإن في ذلك وفاء جزئي لحقوق الدائنين يخالف مبدأ عدم جواز تجزئة الرهن.

---

(١) فلا يوفي للبائع، وهو المدين الراهن، بل يوفي بديون الاخير للدائنين المرتهنين من قيمة العقار.

(٢) السنهوري / بند١٥٦/ مرقس/ بند ١٥٦/ البدراوي / بند ١٤١/ تناغو/ بند ١٠٦/ نبيل سعد بند٩٦.

وايا ما كان الامر، فقد رجحت مزايا التطهير على عيوبه، ونظمه المشرع تفصيلا في المواد ١٠٠٩ وما بعدها من القانون المدني.

٢ - الشروط الواجب توافرها فيمن له الحق في التطهير:

٢٢٨ - صاحب الحق في التطهير على ما ورد بالمادة ١٠٠٩ مدني، هو الحائز الذي سجل سند ملكية ... فالتطهير حق للحائز، وهو على ما رأينا، كل من اكتسب على العقار حق ملكية، او حق انتفاع، دون ان يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن. وتفريعا على ذلك لا يجوز التطهير للراهن، ولا لصاحب حق الاتفاق، ولا لصاحب حق الاستعمال، والسكن، ولا للكفيل، الشخص، اذا اكتسب ملكية العقار المرهون. ولا يجوز للمشتري استعمال خيار التطهير، اذا كان قد تعهد للبائع «الراهن» بسداد حقوق الدائنين، باعتباره من هذا الفرض مسئولا مسئولية شخصية عن الدين. ولا يجوز للكفيل العيني، مباشرة خيار التطهير. وعلى عكس ذلك يجوز للحائز المشتري للعقار المرهون وصاحب حق الانتفاع مباشرة خيار التطهير. وللحائز، رخصة التطهير، ولو انتقل اليه جزء من العقار المضمون بالرهن، ولا يحتج على ذلك، بقاعدة، عدم جواز تجزئة الرهن. مادام ان مشتري هذا الجزء يعرض، ثمن ما اشترى. ويجب من ناحية ثانية، ان يكون صاحب الحق في التطهير «الحائز» قد سجل سند ملكية ولا يتحقق ذلك الا اذا كان الحائز، قد تلقى الملكية، او حق الانتفاع بسند قابل للتسجيل كبيع مثلا.

ثانياً : وقت التطهير :

٢٢٩ - بعد ان عرضت المادة ١٠٠٩ مدني، الشروط الواجب توافرها فيمن له الحق في التطهير «الحائز» نصت على انه للحائز ان يستعمل هذا الحق، حتى قبل ان يوجه الدائنون المرتهنون الانذار اليه،

ويبقى هذا الحق قائما الى يوم توقيع الحجز على العقار من الدائن المرتهن. اي ان الحائز، يمكنه استعمال رخصة التطهير بمجرد اكتسابه صفة «الحائز» ومن دون انتظار لحلول اجل الدين، او قيام الدائن بانذار المدين، او الحائز، ويبقى هذا الحق قائما الى يوم توقيع الحجز من قبل الدائن المرتهن، فإن تأخر عن ذلك لم يكن له خيار التطهير.

ثالثاً : إجراءات التطهير :

٢٣٠ – تبدأاجراءات التطهير ، بعرض يقدمه الحائز للدائنين المرتهنين المقيدة حقوقهم قبل اكتسابه صفة الحائز، يبدي فيه استعادة الوفاء بالديون المقيدة الى القدر الذي قوم به العقار. وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا بل ينحصر العرض - اخذا من نص المادة ١٠١١ مدني - من اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع في الحال ايا كان ميعاد استحقاق الديون المعتبرة. ويوجه العرض بواسطة اعلان رسمي الى كل دائن له حق مقيد على العقار قبل اكتساب الحائز صته كحائز، وذلك من موطنه. ويجب ان يشتمل العرض على بيانات محددة هي:

أ - خلاصة من سند ملكية الحائز: تقتصر على بيان نوع التصرف، وتاريخه، وتحديد العقار تحديدا دقيقا، ويعني مالكه السابق. واذا كان التصرف بيعا، يذكر الثمن، وملحقاته.

ب - تاريخ تسجيل سنده، ورقم هذا التسجيل.

ج - بيان الحقوق التي تم قيدها على العقار قبل تسجيل سنده، وتاريخ قيدها ومقدار الحقوق واسماء الدائنين.

د - المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للعقار، ويجب الا يقل هذا المبلغ في اي حال عن الباقي من ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بيعا.

ثالثاً : آثار عرض التطهير :

٢٣١ – اذا تم عرض التطهير - على النحو السابق - يترتب عليه اثران هما التزام الحائز بالبقاء لعى عرضه، طوال المدة التي حددها القانون هي المدة التي يجوز فيها للدائنين قبول العرض، او رفضه [١]. وهي على ما ورد بالمادة ١١١٢/ ١ مدني ثلاثون يوما من آخر إعلان رسمي.

اما الأثر الثاني، فهو خيار الدائنين في قبول العرض، او رفضه بما يتربت على الرفض، من طبع بيع العقار، باتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية.

المحور الثالث : تخلية العقار المرهون Délaissement :

٢٣٢ – اما الخيار الثالث للجائز، فهو تخلية العقار المرهون برفع الحائز يده عن العقار، وتركه لحارس، او امين تعينه المحكمة، بحيث تتخذ من مواجهته اجراءات نزع الملكية.

وتخلية العقار على هذا النحو رخصة للحائز دون غيره[٢]، يلجأ اليها عادة، اذ كان غير راغب في استيفاء العقار، ولا يريد في ذات الوقت ان تباشر الاجراءات ضده، فيتخلى عن حيازته لحارس، أو امين تعينه المحكمة تتخذ في مواجهته هذه الاجراءات.

فإذا لم يختر الحائز الوفاء بالدين، أو تطهير العقار من الرهون، أو تخليه العقار على النحو الذي بسطناه، جاز للدائن المرتهن، بما يخوله الرهن من حق التتبع اتخاذ إجراءات نزع الملكية على النحو الذي رسمه قانون المرافعات.

---

(١) عن طريق طلب بيع العقار – جمال زكي / ص ٣١٢ / بند ١٧٤.

(٢) اي الحائز بالمعنى الذي حددناه آنفا.

الفصل الثالث : انقضاء الرهن الرسمي

انقضاء الرهن الرسمي ، تعداد :

٢٣٤ - ينقضي الرهن الرسمي، تبعاً لانقضاء الدين المضمون، كما ينقضي بصفة أصلية، ولو لم ينقضي الدين المضمون. وسوف نعرض بإيجاز[١] لانقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية، ثم بصفة أصلية:

انقضاء الرهن بصفة تبعية :

٢٣٥ - الرهن الرسمي ينقضي - كما ذكرنا - تبعا لانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الدين، وعودته م١٠٢٤ مدني. والواقع ان النص - على هذا النحو - محض تطبيق لمبدأ تبعية الرهن للدين الوارد بالمادة ٩٨٣ مدني[٢].

انقضاء الرهن بصفة أصلية ، إحالة :

٢٣٦ - يمكن أن ينقضي الرهن بصفة أصلية، أي من دون أن ينقضي الدين المضمون. وقد نص التقنين المدني على سببين لانقضاء الرهن بصفة أصلية هما التطهير، وانقضاء الرهن بالبيع الجبري، ونحيل بشأنهما الى ما سبق دراسته[٣] كما نلفت النظر بأنه يمكن أن ينقضي الرهن بصفة اصلية لاسباب اخرى هي اتحاد الذمة، والنزول عن حق الرهن، وهلاك العقار المرهون، وجميعها يثير مسائل لا تخرج عن كونها قواعد عامة، نحيل بشأنها إلى مؤلفات النظرية العامة للالتزام.

---

(١) لأننا، فصلنا هذه المسائل فيما سبق.

(٢) سابقا / ص ١٠٥ / بند ١٢٣.

(٣) سابقا / ص ٢٠١ / بند - جمال زكي / ص ٣٢٨ / ١٨٩.

الباب الثاني

- تعريف الرهن الحيازي تقديره ، خطة الدراسة :[1]

- **نص قانوني تعليق:**

٢٣٧ - الرهن الحيازي على ما ورد بالمادة ١٠٢٧ مدني. عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه، أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان شيئاً يترتب عليه للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين، والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون.

٢٣٧ مكرراً- والنص على ما يبين من عبارته يعرف الرهن الحيازي عن طريق بيان مضمونه أي بوصفه حقاً عينياً يخول صاحبه حبس الشيء حتى استيفاء الدين وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون.

- كذا، فإن النص قد بين خصوصا أن التقدم يكون على الشيء المرهون، أي على أي مبلغ يحل محل العقار، كالتعويض مثلاً، أو مبلغ التأمين. فتجنب بذلك الانتقاد الذي وجه إلى النص المقابل في القانون المصري الذي يشير إلى أن التقدم لا يكون إلا على ثمن الشيء[2]، وهو غير صحيح، ومنتقد.

---

(١) الرهن الحيازي في القانون الفرنسي، يسمى Nantissement ، إن ورد على منقول يسمى Gage ، وان ورد على عقار فهو Antichrese . بينما يسمى في القانون الكويتي كنظيره المصري، الرهن الحيازي، بصرف النظر عما إذا ورد على منقول أو عقار وعرض له بالمواد من ١٠٢٧ الى ١٠٦٠ من القانون المدني التي اشتملت على الرهن بأنواعه «رهن العقار والمنقول، ورهن الدين». والأول يجب قيده للاحتجاج به في مواجهة الغير، فإن ورد على منقول لا يعتد بينما لا يكون رهن الدين نافذاً في حق الغير إلا بحيازة الدائن المرتهن، أو العدل سند الدين المرهون، وإعلان المدين بالرهن، أو التاريخ الثابت لقبوله م١٠٥٤ مدني.

(٢) المقصود، المادة ١٠٩٦ مدني مصري.

كذا، يبين أن حق الرهن الحيازي ينشأ عن عقد يلتزم به الراهن بأن يسلم الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى أي شخص آخر يسمى عدلاً ويظل المرتهن، أو العدل محتفظا بحيازة الشيء المرهون إلى حين الوفاء بالدين ينشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن بمجرد العقد، فلا يتراخى إلى وقت تسليم المرهون من المدين للدائن أو إلى وقت اتخاذ الاجراءات اللازمة لنفاذ الرهن في مواجهة الغير ويخول للدائن المرتهن «الضامن للشيئ المرهون» القيام باستغلاله[1] على أن يستقطع غله هذا الاستغلال من المصروفات ، والفوائد، وأصل الدين.

- ويبين من التعريف السابق أن الرهن الحيازي يختلف عن الرهن الرسمي من زوايا عدة:

- فمن حيث المحل، يجوز أن يتقرر الرهن الحيازي على المنقول، أو العقار- م١٠٢٨[2] بينما لا يتقرر الرهن الرسمي - فيما اشرنا[3] إلا على العقار م١٠٧٦ مدني .

- ومن حيث مصدر الرهن، وهو العقد. لم يستوجب المشرع في الرهن الحيازي أن يكون رسمياً، بعكس الرهن الرسمي الذي لا ينعقد إلا إذا كان بورقه رسمية موثقة وفقاً للقانون م٩٧٢/١مدني.

---

(١) البدراوي/ ص٢٨٨/ بند ٢٠٢

(٢) والمنقول الذي يرد عليه الرهن قد يكون مادياً، أو معنوياً، كالديون - وانظر في رهن الديون المواد ١٠٥٤ إلى ١٠٦٠ مدني.

(٣) وحيازة الدائن المرتهن، حيازة لحق الرهن، أما حيازة حق الملكية فتظل للمدين الراهن وعليه، يصبح المرتهن حائزاً حيازة قانونية لحق الرهن، وحيازة عرضية لحق الملكية. بما يرتبه ذلك من نتائج إذا كان المرهون منقولاً - م٩٣٧ مدني - وإذا كان عقاراً - م٩٣٥ مدني وراجع / شكري سرور/ مرجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي/ ١٩٩٤/ ص١٩٠/ بند ٢٨٧ وص٢١١/ بند٣١٢.

- ومن حيث السلطات التي يخولها الحق لصاحبه. فإن الرهن الحيازي يخول الدائن المرتهن سلطات أوسع، أو أبعد مدى من سلطات الدائن المرتهن رهناً رسمياً فالرهن الحيازي يعطي صاحبه، التقدم، والتتبع، فضلاً عن حيازة المرهون أو حبسه عن المدين الراهن إلى أن يقتضي حقه. ويجوز للدائن المرتهن استغلال الشيئ المرهون أو استثماره، خلال فترة الحبس، وقبض ثماره، مع خصمها من المصاريف والفوائد ثم أصل الدين، م١٠٣٨ مدني ولا شيء من ذلك في الرهن الرسمي الذي لا يسلب المدين الراهن حيازة العقار المرهون.

تقدير نظام الرهن الحيازي:

٢٣٨ - يترتب على الرهن الحيازي انتقال حيازة الشيء المرهون من المدين إلى الدائن الذي قد لا يحسن استغلاله، أو المحافظة عليه. وإذا كان الفكر القانوني المعاصر قد عرف نظاماً آخر للرهن، لا يحرم المدين من حيازة المال المرهون، أو الانتفاع به فقد اثير التساؤل عن مدى امكانية الاستغناء عن الرهن الحيازي[١]؟

- والحقيقة، أنه يمكن الاستغناء عن الرهن الحيازي بالنسبة للعقارات، التي تنطبق عليها أحكام الرهن الرسمي، بما يترتب عليه من عدم حرمان المدين من حيازة المال المرهون، أو الانتفاع به. أو بالنسبة للمنقولات التي رسم لها المشرع طريقاً للشهر أو الاعلان. الذي يحول دون تعرض الدائن المرتهن لخطر تصرف المالك في المرهون كالطائرات، والسفن، والمحل التجاري[٢].

---

(١) مثلا، تناغو / ص٣٦٢/ بند ١٣٣

(٢) تفاصيل أخرى في احمد سلامة، الرهن الطليق للمنقول/ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية / يوليه ١٩٦٨/ يناير ١٩٦٩ «القسم الثاني»

- أما بالنسبة للمنقولات الأخرى، فلا يمكن الاستغناء عن الرهن الحيازي. وتفسير ذلك، أن انتقال الحيازة إلى الدائن ضمان، يحول دون تصرف المدين الراهن في المنقولات، وتسليمه إلى شخص حسن النية، يستطيع أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة في المنقولات سند الحائز- م ٩٣٧ مدني. وبذا يقترب انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن، من الشهر أو الاعلان باعتبار أن كلاهما فيه إعلام للغير، بحق المرتهن[1]. وبعبارة أخرى، فإن انتقال الحيازة للدائن المرتهن، في الرهن الحيازي يحقق ذات وظيفة الشهر، أو الإعلان في الرهن الرسمي.

خطة الدراسة، احالة:

٢٣٩ - وردت نصوص الرهن الحيازي بالقانون المدني في المواد ١٠٢٧ إلى ١٠٦٠ وقد قسم المشرع الباب الخاص بالرهن الحيازي إلى فصول أربعة تكلم في الأول منها عن انشاء الرهن الحيازي، وفي الثاني عن آثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير. وفي الفصل الثالث، عرض لانقضاء الرهن الحيازي. وتناول بعض أنواع الرهن الحيازي في الفصل الرابع «رهن العقار، ورهن المنقول، ورهن الدين» .

والمتأمل في النصوص المذكورة، يرى أن المشرع، قد أحال في المادة ١٠٢٩ إلى بعض أحكام الرهن الرسمي وبعضها يتعلق بأركان الرهن، م٩٧٤ الخاصة رهن ملك الغير ورهن المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته، أو فسخه، أو زواله لأي سبب آخر. المادة ٩٧٨ المتعلقة برهن المباني القائمة على أرض الغير، م٩٨١ الخاصة بالرهن كضمان لدين معلق على شرط أو دين مستقبل، أو دين احتمالي، م٩٨٢ الخاصة بعدم جواز تجزئة الرهن والمادة ٩٨٣ الخاصة بتعيين الرهن للدين، وما

(١) فيما يراه، البدراوي/ ص٢٩٠/بند ٢٠٤.

يترتب عليه من نتائج. ونحيل - بدورنا - إلى ما سبق دراسته في هذه الأحكام في الرهن الرسمي[1].

ومن ناحية أخرى، فلما كانت أسباب انقضاء الرهن الحيازي لا تخرج عن أسباب انقضاء الرهن الرسمي، سواء بصفة تبعية «أي نتيجة لانقضاء الدين المضمون بالرهن» أو بصفة مستقلة، برغم بقاء الدين المضمون «بتنازل الدائن المرتهن، أو باتحاد الذمة، أو بهلاك الشيء المرهون. - ولما كنا، قد بينا هذه الاسباب، بالنسبة للرهن الرسمي فلا نرى بالتالي ضرورة لاعادة شرح هذه الأحكام.

٢٣٩ مكرراً- وباستبعاد المسائل السابقة «في أركان الرهن أو انقضائه»، فإن دراسة الرهن الحيازي، هي أصلاً دراسة لآثار الرهن. ولذا نوزع مباشرة الدراسة على مبحثين: نعرض في الأول منهما لآثار الرهن فيما بين المتعاقدين وفي الثاني، نتناول آثار الرهن بالنسبة للغير.

الفصل الأول
آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

٢٤٠ - ذكرنا بأن حق الرهن ينشأ للدائن المرتهن بمجرد العقد، فلا يتراخى لوقت تسليم المرهون من المدين «الراهن» للدائن المرتهن مثلاً أو لوقت اتخاذ الاجراءات الضرورية لنفاذ الرهن في مواجهة الغير.

٢٤٠ مكررا - فاذا نشأ حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن - وعلى النحو المذكور - ترتب عدة آثار أخرى فيما بين المتعاقدين هي التزامات تقع على عاتق الراهن، وأخرى على عاتق المرتهن.

- وسوف نعرض - فيما يلي - لالتزامات الراهن - مبحث أول - ثم التزامات المرتهن في مبحث ثان.

---

(١) فلا نرى ما يدعو إلى إعادة دراسة ما سبق دراسته.

المبحث الأول

التزامات الراهن

٢٤١- يلتزم الراهن بعدة التزامات متولدة عن عقد الرهن وتدور جميعها حول الفكرة الأساسية التي تميز الرعن الحيازي عن غيره، وهي انتقال حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن. فيترتب تبعاً لذلك، التزام الراهن بتسليم المال المرهون م١٠٣٣ مدني والالتزام بضامن سلامة الرهن ونفاذه - م١٠٣٥ مدني. والتزامه بضمان هلاك المرهون وتلفه ١٠٣٦ مدني[1] التي أحالت في هلاك، أو تلف المال المرهن لحكم المادتين ٩٨٨ و٩٨٩ مدني[2].

المطلب الأول

التزام الراهن بتسليم المال المرهون:

٢٤٢ - على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى العدل الذي عينه المتعاقدان لتسلمه.

- ويسري على الالتزام بتسليم الشيئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع -م ١٠٣٣ مدني.

- والواقع أن التسليم لا يعتبر ركناً في الرهن الحيازي إلا أنه يحقق فوائد عدة أنه يمكن الدائن المرتهن من حيازة المال المرهون. والحيازة بدروها تمكن المرتهن من استغلال المرهن، أو استثمارة ، على

---

(١) وتنص على انه إذا تسبب الراهن «في الرهن الرسمي» بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافيا، أو أن يستوفي حقه فوراً ...»

(٢) وتنص على انه إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك كالتعويض، ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة.

أن يخصم الغلة مما يستحقه ثم إن الحيازة ذاتها شرط لنفاذ الرهن في حق الغير. ويكون التسليم للمرتهن نفسه أو إلى العدل الذي يتفق عليه المتعاقدان م١٠٣٣/١ مدني. وعلى أية حال فإنه يسري على الالتزام بتسليم المال المرهون، أحكام الالتزام بتسليم المبيع من حيث كيفية التسليم، ومحله، وزمانه، ومكانه، على أن يراعي في ذلك الطبيعة الخاصة لعقد الرهن[1] وتفريعاً على ذلك، فمن حيث كيفية التسليم، فانه يكون بوضع الشيء المرهون تحت تصرف المرتهن أو العدل بحيث يتمكن من حيازته، والانتفاع به من دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام الراهن قد أعلمه بذلك[2] أو كان التسليم حكمياً.

٢٤٢ مكرراً- والتسليم على النحو السابق يبرئ ذمة الراهن. بينما يبقى انتقال الحيازة فعلاً إلى الدائن المرتهن شرطاً لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وعليه، فان استبقاء الراهن الشيء المرهون بعد الرهن على سبيل الاجارة أو الاعارة أو الوديعة لحساب المرتهن لا يجعل الرهن نافذاً في مواجهة الغير، طالما أن الحيازة الفعلية للشيء المرهون شرط ضروري لذلك. وتسليم المرهون المؤدي إلى انتقال الحيازة يختلف باختلاف طبيعة الشيء، عقار، منقول مادي أو معنوي. وإذا كان المرهون ديناً، فيكون التسليم بنقل حيازة السند المثبت للدين م١٠٥٤ مدني. وإذا كان المرهون حق إيجار، وجب تسليم سنده.. وهكذا[3].

---

(١) تناغو/ ص٣٦٩/ بند ١٣٦ البدراوي/ص٣٣٨/ بند ٢٤٠، وفي أحكام تسليم المبيع، التي أحال إليها المشرع في تسليم المرهون/ الزقرد/ ص١٦١/ بند ١٧٨ وبعدها

(٢) السنهوري/ ٤٢١.

(٣) وفي مشكلات التسليم الحكمي «أي الذي لا يتضمن نقل الحيازة المادية» نبيل سعد/ص١٩٩/بند ١٦٦.

- أما محل التسليم، فهو الشيء المرهون، وملحقاته. ويقصد بالملحقات كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء. طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء، وعرف الجهة، وقصد المتعاقدين.

- ويتم تسليم المرهون بالحالة التي كان عليها وقت ابرام العقد م أما من حيث زمان التسليم، فهو الزمن المتفق عليه، فان لم يوجد اتفاق كان التسليم واجباً فور التعاقد. وأما مكان التسليم، فهو كذلك المكان المتفق عليه وإلا، وجب التسليم في مكان وجود الشيء إذا كان معيناً بالذات، أو في موطن الراهن إن كان معيناً بالنوع.

- والمهم أنه إذا انتقلت حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن - على النحو الذي بسطناه - وجب أن تستمر حيازة الأخير طالما بقى الرهن[1]. أما إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن ، اعتبر ذلك قرينة على انقضاء الرهن، غير أنها قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها. أي باثبات أن الرجوع لم يكن مقصوداً منه انقضاء الرهن. ومن ذلك مثلا أن يثبت أن الرجوع كان بسبب قيام الراهن باصلاح المرهون. أو أن المرهون رجع إلى الراهن على سبيل الإيجار إذا كان عقاراً وثم التأشير على هامش قيد الرهن أخذاً من نص م ١٠٤٨ مدني [2]. ويقع عبء الإثبات، أخذا من نص المادة ١٠٣٤ مدني على عاتق الدائن المرتهن. ونلفت النظر بأنه إذا رجع المرهون الى الراهن فإنه يدخل في عناصر ائتمانه ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أنه إذا نشأت للغير حسن النية حقوق على المرهون خلال فترة الرجوع كانت نافذة في حق الدائن المرتهن م١٠٣٤مدني[3].

---

(١) أو على حد تعبير مازوز - أن نقل الحيازة يجب أن يكون دائماً/ جـ ٣/ بند٤٦٨ -

(٢) ونصها - كالآتي «يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد الرهن...».

(٣) المذكرة الإيضاحية تعليقا على النص / ص٧٦٦.

المطلب الثاني

التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه

٢٤٣ - يضمن الراهن سلامة الرهن، ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون، أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد. وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال، أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون - م١٠٣٥ مدني.

٢٤٣ مكرراً - ويلاحظ بداية بأن التـــزام الراهن في الرهن الحيازي بضمان سلامة الرهن ونفاذه، يقابله التزام الراهن في الرهن الرسمي بضمان سلامة الرهن[١]. والتزام الراهن بضمان سلامة الرهن يعني عدم قيامه بأي عمل مادي أو قانوني من شأنه أن يؤثر على حق الراهن، أو يمس سلطاته على المال المرهون[٢] فيقترب من هذه الناحية، والتزام البائع في عقد البيع بضمان التعرض الشخصي، سواء كان مادياً، أو قانونيا[٣].

فيجب عليه لذلك، الامتناع عن القيام بأعمال التعرض المادي، التي تحول بين المرتهن وبين إدارة المال المرهون، أو الانتفاع به، وليس له أن يسلبه حيازة المرهون. كما يلتزم بالامتناع عن أي تعرض قانوني للمرتهن، وعليه بصفة خاصة الامتناع عن التصرف في المنقول المرهون إلى الغير، الذي يكون له، التمسك بالنظام الوارد بالمادة ٩٣٧ مدني، فيحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في مواجهة الدائن

---

(١) بالمادة ٩٨٧ مدني - والمذكرة الايضاحية تعليقاً عليها.

(٢) البدراوي / ص٣٤١/ بند ٢٤١.

(٣) الزقرد/ ص ١٩١ / بند ٢١٥ .

المرتهن خصوصاً إن كان الغير حسن النية. فإن كان المرهون عقاراً، امتنع على الراهن التصرف فيه «بالبيع» إلى مشتر بسجل البيع، قبل أن يصبح الرهن نافذاً بقيده م ١٠٤٨ مدني.

- أما عن التزام الراهن بضمان نفاذ الرهن، فمقصود به، الالتزام بالقيام بما يلزم من عمل إيجابي، لجعل الرهن نافذاً في مواجهة الغير. ومن ذلك تقديم المستندات الضرورية لاجراء قيد الرهن، والتصديق على توقيعه على الرهن، إذا كان محله عقاراً، أو تحرير العقد الكتابي في رهن المنقول حتى يصبح نافذاً في مواجهة الغير[١].

- فإذا أخل الراهن، بالتزامه بضمان الرهن، ونفاذة- على النحو المذكور - فإن المشرع خول الدائن المرتهن، إتخاذ بعض الاجراءات التحفظية. ومن ذلك مثلاً، أن يتخذ في حالة الاستعجال، وعلى نفقة الراهن، كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على المال المرهون. ويقصد بذلك الحالات التي لا يكون فيها الدائن المرتهن قد تسلم الشيء المرهون. أو إذا وقع تعرض «مادي، أو قانوني» من جانب الراهن للمرتهن في حيازة المرهون[٢] أو في استغلاله.

- فاذا ترتب على إخلال الراهن بالتزامه ضمان سلامة الرهن، ونفاذه، تلف المال المرهون، أو استحقاقه للغير، جاز للدائن المرتهن المطالبة بفسخ الرهن، فإذا حكم به سقط أجل الدين، وأصبح واجب الاداء فوراً. كذا، يجوز للدائن المطالبة بالتنفيذ بمقابل، ويكون ذلك غالباً، بتقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة الشيء المرهون.

---

(١) حيث يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة، قيد الرهن وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي. م١٠٤٨ مدني، والنص المقابل من القانونالمصري. م ١١١٤ مدني.

(٢) البدراوي/ ص ٣٤٢/ بند ٢٤٢.

المطلب الثالث : التزام الراهن بضمان هلاك المرهون وتلفه

٢٤٥ - يضمن الراهن هلاك المرهون، أو تلفه. ويسري على الهلاك، أو التلف، أحكام هلاك المرهون رهناً رسمياً أو تلفه - م١٠٣٦ مدني.

وبتطبيق أحكام هلاك المرهون رهناً رسمياً أو تلفه علي الرهن الحيازي. يبين أن الراهن، إذا تسبب بخطأ منه في هلاك المال المرهون أو تلفه كان الدائن مخيراً بين أن يقضي تأميناً كافيا، أو يستوفي حقه فوراً ومن أمثلة خطأ الراهن، أن يتسبب في هدم العقار المرهون. أو ببيع المنقول «محل الرهن» إلى مشتر حسن النية يكتسب عليه حقاً أخذا من نص المادة ٣٩٧ مدني، فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي لايد للمدين الراهن فيه كنزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة، وهلاك العقار المرهون بفعل الغير ....الخ. ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، كان الراهن مخيراً بين تقديم تأمين كاف، أو وفاء الدين فوراً قبل حلول الأجل.

- وفي جميع الحالات ينتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك، كالتعويض ومبلغ التأمين، ومقابل نزع الملكية للمنفعة العامة[1].

المبحث الثاني : التزامات الدائن المرتهن

٢٤٦ - يلتزم الدائن المرتهن بالتزامات عدة، مردها في اعتقادنا حيازته للمال المرهون مع بقاء الملكية للراهن من ناحية ومقابل السلطات التي خولها له المشرع في استغلال الشيء المرهون من ناحية أخرى.

وأخيراً فإن هذه الالتزامات تعتبر ضمانا للراهن الذي يتخلى للمرتهن عن حيازته المال. وإذا كانت التزامات المرتهن متعلقة بحيازة المرهون خصوصا فإنها لا تقوم إلا إذا تسلم الدائن الشيء «محل الرهن».

(١) سابقاً / ص/ بند - جمال زكي / ص ٣٩٩ / بند ٢٥٤ .

وتتمثل التزامات المرتهن - ترتيباً على ذلك- في المحافظة على المال المرهون وصيانته، والالتزام بإدارته وباستثماره. وأخيراً الالتزام برده عند انقضاء الرهن.

٢٤٦ مكرراً - ونلفت النظر بأن هذه الالتزامات يتحمل بها العدل الذي يجوز المرهون إذا فضل المتعاقد ألا يحوزه الدائن المرتهن. كما أن العدل يعتبر وكيلا عن طرفي الرهن ولا يلتزم إلا بما يلتزم به الوكيل في عقد الوكالة. وهي التزامات تختلف بحسب ما إذا كان الوكيل مأجوراً، أو غير مأجور. وفي الأولى يلتزم بالمحافظة على الشيء وبأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد. وفي الثانية يلتزم بأن يبذل العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة من دون أن يكلف بعناية الشخص المعتاد. أما الدائن المرتهن فعليه أن يبذل في المحافظة على المرهون عناية الشخص المعتاد.[1]

وسوف نعرض لالتزامات الدائن المرتهن على الترتيب الآتي:

أولا - الالتزام بالمحافظة على الشيء:

٢٤٧ - إذا تسلم المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص العادي. وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه - م١٠٣٧ مدني.

- وقد أشرنا الى أن الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون، كشأن التزامات المرتهن الأخرى أساسه نقل الحيازة إليه بصفة مؤقتة وبقاء الملكية للراهن فوجب التزام المرتهن بحفظ المرهون حماية لحق الراهن في الملكية.

(١) قرب جمال زكي / ص ٤٠٠ / بند ٢٥٧ .

والتـزام المرتهـن في المحـافظة على المرهون التـزام بعـمل، وبذا، يتـعين على المرتهن أن يبـذل في حفـظ الشـيء المرهون، وصـيـانتـه عناية الشخص المعتاد[1].

على أنه إذا هلك الشيء المرهون أو تلف، برغم هذه العناية بسبب أجنبي، فإن الراهـن يتحمل عبء الهـلاك أو التلف بالكامل. وتفسير ذلك أن ملكيتـه تزول أو تنقضي دون أن يرجع على المرتهن بشيء. ومن جهـة ثانيـة، يزول الرهـن، أو ينقضي، مع حق المرتهن في الرجوع على الراهن بالضمان والوارد النص عليه في الرهن الرسمي م٢/٩٨٨ مدني، وإن لم ينص على ذلك بالرهن الحيازي.

٢٤٧ مكرراً - ومقتضى الالتزام بالصيانة، قيام الدائن بالأعمال اللازمة لصيانة الشيء، ودفع نفقات الصيانة، على أن يخصمها من غلة المرهون ومن ذلك مثلاً قيامه بقطع المدة المؤدية لعدم سماع الدعوى بالدين إذا كان المرهون ديناً.

وإذا كان الدين «محل الرهن» مضمـوناً برهن رسـمي، أو امتـياز عـقاري وجب على الدائن تجـديد الرهن في الوقت المناسب. وان كـان المرهـون ورقـة تجـارية وجب على الدائن المطالبـة بهـا عند حلول أجل الاستحقاق من دون تأخير. وأن يبادر بإخطار الراهن بكل ما يقتضي تدخله، كأن يكون المرهون مثلا مهدداً بالهلاك أو التلف، أو بنقص في القيمة.

---

(١) أخذا من القاعدة العامة الواردة بالمادة ١/٢٩٠ مدني، في الالتزام بعمل «إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته ... فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه عناية الشخص العادي. ولو لم يتحقق الغرض المقصود....» وعليه، فالمادة ١٠٣٧ محض تطبيق للنص المذكور.

ثانيا - الالتزام بالإدارة والاستثمار:

٢٤٨ - نصت م ١٠٣٩ مدني بأن يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله الشخص العادي، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله.

- فاذا اساء الدائن استعمال هذا الحق، أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه.

- ونصت م١٠٣٨ على ما يأتي:

- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً وفقا لطبيعته وذلك ما لم يتفق على خلافه. وما حصل عليه الدائن من صافي الريع، وما استفاد من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، وعلى أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء والاصلاحات وما دفعه من التكاليف، ثم مما استحقه من تعويضات قم المصروفات ثم أصل الدين.

٢٤٨ مكررا - ويبين من هذين النصين أن على الدائن، الالتزام بإدارة الشيء المرهون واستثماره، والمحاسبة على ثمار الشيء المرهون، ومقابل منفعة.

(١) انظر سابقاً / ص / هـ ٣ - تناغو/ ص ٣٧٥/ بند ١٣٨ - والبدراوي/ ص ٣٤٧ - سيملر وديلبك/ص٤٢٧/ بند٥١٦، والتزام الدائن المرتهن، أو العدل بالمحافظة على الشيء المرهون عند البعض لا يختلف عن التزام الوديع في عقد الوديعة، والمستعير في عارية الاستعمال من ذلك، قضاء فرنسي قديم - نقض ١٩ يونيو ١٩٢٨/ والوز الدوري/ ١٩٢٩/١/٤٥ - فيما اشير اليه في سيملر، وديلبك/ ص ٤٢٧/ هـ (١) - ومن تطبقات التزام المرتهن بالحفظ والصيانة في القانون المصري انظر مثلا. م١١٦/٢ مدني الخاصة برهن العقار - وم١١١٢٦/٢ مدني الخاصة برهن الدين، ولا مقابل لهما في القانون الكويتي.

- ونعرض لهذه الالتزامات فيما يلي:

١ - الالتزام بإدارة المال المرهون:

٢٤٩ - يلتزم الدائن المرتهن، بعد تسلمه للمال المرهون أن يقوم بإدارته لحساب الراهن وتختلف إدارة المال المرهون باختلاف طبيعته، أو الغرض منه. فإن كان منزلاً كان له أن يسكنه أو يؤجره للغير، وإن كان أرضاً زراعية، كان له أن يزرعها أو يؤجرها لمن يزرعها[1] على أن الاجاره لا يجوز أن يتجاوز ثلاث سنوات، فالدائن المرتهن لا يملك سوى حق الإدارة. ومعنى ذلك أنه إذا أبرم عقد إيجار لمدة أطول، لا يكون الرهن نافذاً قبل الراهن فيما يزيد عن ثلاث سنوات ما لم يقر الايجار، إعمالاً لنص م٥٦٢ مدني[2] ما لم يتفق على غير ذلك.

- وعلى أية حال، فليس للدائن المرتهن الخروج عن أعمال الإدارة المعتادة، بإحداث تغيير جوهري في الشيء المرهون، أو بتغير في الغرض الذي أعد له المرهون. إلا برضاء الراهن. فإن كان المرهون أرضاً فضاء، فليس له أن يبني عليها. وإن كان المرهون منزلاً معد للسكن، فليس له أن يحوله إلى فندق أو العكس.

وفي جميع الحالات، فعلى الدائن المرتهن أن يبذل في إدارته للمال من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. فإن قصر أو أهمل في هذه العناية تحمل المسئولية. وعليه، بصفة خاصة أن يبادر باخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله.

---

(١) توفيق فرج / ص ٢٣٤/ بند ٢٥٤/ البدراوي / ص ٣٥١/ بند ٢٤٩ ـ نبيل سعد / ص٢٠٥/ بند١٦٩.

(٢) ونصها، «لا يجوز لمن يقتصر حقه على الإدارة أن يعقد ايجاراً تزيد مدته على ثلاثة سنين إلا بإذن ممن يملكه، فإذا عقد الايجار لمدة أطول انقضت مدته إلى ثلاث سنين. وكل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره».

٢٥٠ – فإذا قصر المرتهن في إدارته للمال المرهون ـ على النحو الذي بسطناه – أو باشر عملاً من أعمال الإدارة غير المعتادة، أو لم يقم باخطار الراهن – في الوقت المناسب بما يقتضي تدخله، عد مسئولاً قبل الراهن. وإعمالاً للقواعد العامة يجوز للراهن مطالبته بالتعويض عما أصابة من ضرر. ولم يكتف المشرع، بالجزاء الوارد بالقواعد العامة، فأجاز للراهن، حال إساءة الدائن المرتهن استعمال حق الإدارة، أو تجاوز أعمال الإدارة المعتاقد إلى اعمال الإدارة غير المعتادة بدون رضاء الراهن، أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه[1].

٢ – استثمار المال المرهون:

٢٥١ – أوجبت المادة ١٠٣٨ مدني على الدائن المرتهن استثمار المال المرهون، خاصة إذا كان ينتج ثماراً. ويبين من النص بصفة خاصة أن استثمار المرهون ليس مجرد حق للدائن، بل هو التزام عليه. فان قصر أو أهمل استثمار المال اعتبر مسئولا بتعويض الراهن عما فاته من كسب بسبب عدم قيامه باستثمار المال المرهون.

– وليس للمرتهن الانتفاع بالمال المرهون بدون مقابل. والاتفاق على غير ذلك يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً. والحكمة من ذلك منع الدائن المرتهن من الحصول على فوائد في صورة انتفاع بالمال المرهون بدون مقابل. ويترتب – تفريعاً على ذلك – أن الدائن المرتهن إذا استعمل المال

---

(١) ولن تقف حيازة المرتهن، عقبة في مواجهة الراهن، فحيازة الأول عرضية لا يترتب عليها حقه في التمسك بالنظام الوارد بالمادة ٩٣٥ مدني، سواء كان محل الرهن عقاراً أو منقولا ما لم يحول سند حيازته، أما بفعل الغير، أو بفعل يرجع اليه، يتضمن مجابهة، او معارضة في حق المالك «الراهن» ـ م٩١٠ مدني، فإن تحولت وفي الأولى يجب أن يكون حسن النية، ولا يشترط ذلك في الحالة الثانية ـ على تفاصيل اخرى من شكري سرور/ص١٥٦، بند٢٣٦وبعده.

المرهون بنفسه، يتعين تقدير مقابل الانتفاع على أن يخصم، مما هو مستحق له. وإجمالاً، فإن مقابل استعمال المرتهن المال المرهون بنفسه، وما يحصل عليه من استغلال لهذا المال يعتبر حقاً للراهن، مردة ملكيته للمال المرهون - على ما سنرى حالاً.

- والالتزام باستثمار المرهون ليس من النظام العام. فيجوز الاتفاق إذن على ترك المرهون بدون استثمار. ويحدث ذلك مثلا في الحالات التي يتطلب فيها مثلاً أن يتطلب استثمار المال المرهون خبرة فنية، عالية لا تتوفر للدائن المرتهن،... وغير ذلك م١٠٣٨/٢ مدني.

٣ - المحاسبة على ثمار المرهون مقابل منفعته:

قدمنا بأنه ليس للدائن الانتفاع بالشيء المرهون بدون مقابل وليس له، تفريعاً على ذلك أن يأخذ ما يغله المرهون من ثمار بدون مقابل، والقاعدة كما أسلفنا من النظام العام، بحيث يقع باطلاً، الاتفاق على ما يخالف حكمها.

٢٥٢ - وقد ورد النص صريحا على أن ما حصل عليه المرتهن من صافي الريع، وما استفاده من استعمال المرهون يخصم من المبلغ المضمون بالرهن، ولو لم يكن قد حل أجله. وفي ذلك - ولا ريب - خروج على القاعدة العامة للمقاصة التي تستوجب أن يكون الدينان مستحقي الاداء م ١/٤٢٥ مدني.

- وقد وضع المشرع ترتيباً، يتعين الالتزام به، لما يجب خصمه من صافي الريع أو مقابل الانتفاع، فيبدأ أولاً من المبالغ التي تستحق للدائن المرتهن لقيامه بالمحافظة على المال المرهون أو اصلاحه وما دفعه من التكاليف ثم بعد ذلك مما يستحقه من تعويضات ثم من المصروفات التي تدخل فيما يضمنه الرهن، وهي مصروفات العقد

الذي انشأ الدين. ومصروفات عقد الرهن وقيده، والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن. وأخيراً، يخصم ما يتبقى من أصل الدين.

- صفة الدائن المرتهن في استثمار المرهون وإدارته:

٢٥٣- لما كان للمرتهن، فيما اسلفنا استثمار المال المرهون، على أن يخصم الغلة مما هو مستحق له وفقاً للترتيب الوارد بالمادة ١٠٣٧ مدني. فإن التساؤل، يثور عن صفة المرتهن في استثماره للمال المرهون وإدارته؟ الواقع أن الاجابة على التساؤل المطروح قسمت الفقه إلى قسمين: الأول على أن الدائن المرتهن في قيامه باستثمار المال المرهون مجرد وكيل عن المدين الراهن. على سند من القول بأن تسليم الشيء المرهون إلى المرتهن يشتمل على وكالة ضمنية له من الراهن في الإدارة والاستثمار. وتأييداً لهذا الرأي، ذهبت محكمة النقض إلى أن الدائن المرتهن حيازة يعتبر قانوناً أنه وكيل عن المدين في استغلال وإدارة العين المرهونة. وقبض ريعها، أن عليه أن يقدم للراهن حساباً مفصلاً عن ذلك ....[1]. وقد تحرج البعض[2] من أنصار هذا الرأي، من صعوبة التسليم باتجاه إرادة الراهن توكيل المرتهن عنه في إدارة المال أو استثماره فالأفضل أن تظل الإدارة والاستثمار للراهن نفسه، فقال بان النيابة المقصودة ليست وكالة بل هي نيابة قانونية، مصدرها نص القانون. بينما اتجه رأي آخر إلى أن الدائن المرتهن يقوم بالإدارة، والاستثمار أصيلاً عن نفسه، وليس نائباً، أو وكيلاً عن المدين المراهن، ولا يغير من ذلك أن يلتزم المرتهن قانوناً بوجوب الاستثمار، وإدارة المال المرهون، أو بذل عناية الشخص المعتاد. فليس ثمة ما يمنع أن يكون الاستثمار والإدارة حقا للشخص، والتزاما عليه في آن واحد. وآية ذلك

(١) نقض ١٣/١١/١٩٥٠/ أحكام النقض / س٢/ ص ٩٣/ رقم ١٨

(٢) مرقس/ بند ٢٩١.

أن المشرع مثلا يخول المستأجر، الحق في الانتفاع بالمأجور واستعماله، ويلزمه في نفس الوقت بهذا الاستعمال إن كان ترك المأجور بدون استعمال يؤدي إلى هلاكه، أو تلفه[1] [2] .

- والخلاف بين الرأيين، ليس نظرياً فحسب بل يرتب نتائج عمليه، فيما يتعلق بالايجار الذي يبرمه الدائن المرتهن أثناء الرهن، ومدى الاحتجاج به قبل الراهن إذا انقضى الرهن، قبل انقضاء مدة الايجار. فإعمالاً للرأي القائل بنيابة الدائن المرتهن على المدين، ينطبق حكم المادة ٥٦٢ مدني، ومؤداها أن من له حق الإدارة لا يعقد إيجاراً تزيد مدته عن ثلاث سنوات. وإلا فإن الرهن غير نافذ قبل الراهن فيما يجاوز الثلاث سنوات. وإعمالاً للرأي القائل بأن المرتهن أصيل في مباشرة أعمال الإدارة، والاستثمار. فإنه ينطبق على الايجار الذي يبرمه المرتهن حكم الايجار الصادر من المنتفع. وعليه ينقضي الايجار الذي يعقده الدائن المرتهن، بانقضاء الرهن أيا كانت مدته، وذلك بطبيعة الحال ما لم يقر الراهن بغير ذلك.

ثالثا : الالتزام برد الشيء المرهون الالتزام برد الشيء المرهون:

٢٥٤- وأخيراً، يلتزم الدائن المرتهن أخذا من نص المادة ١٠٤٠ مدني برد الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفي حقه بالكامل، وما يتصل بالحق من ملحقات، ومصروفات، وتعويضات.

(١) راجع الزقرد والكندري/ ص١٠٧/ بند١٢٢ ومن هذا الرأي منصور / بند ١١٨ / ص٢٣٤. وتوفيق فرج /ص٢٣٢/ ونبيل سعد/ص٢١١/ بند ١٧٣. ،عكس ذلك جمال زكي / ص ٤٠٥ / بند ٢٦٠

(٢) بينما اتجه البعض للتقريب بين مركز الدائن المرتهن، والمنتفع، باعتبارهما يستثمران الشيء بمقتضي ما لكل عليه من حق عيني. عبد الفتاح عبد الباقي/ فيما اشير إليه عن البدراوي ص ٣٥٨/ بند ٢٥٤ - هـ (٢)، هـ (٣) وبينهما فرقان، أن الاستثمار حق للمنتفع بالشيء. وحق وواجب على الدائن المرتهن والمنتفع بأخذ الثمار لنفسه والدائن المرتهن بأخذ الثمار انما بعد خصم قيمتها من الالتزام المضمون «أي بمقابل».

- والواقع أن الالتزام بالرد يبدأ حيث ينقضي الرهن سواء، بصفة أصلية، «فسخ عقد الرهن مثلاً أو بالنزول عن حق الرهن» أو بصفة تبعية، أي تبعاً لانقضاء الدين المضمون لأي سبب من أسباب الانقضاء كالوفاء، والمقاصة، الخ. فإن انقضي الرهن - على النحو المذكور - ولم يرد الدائن المال المرهون للمدين الراهن. أمكن للأخير أن يرفع دعوى ناشئة عن حقه الشخصي، تسمى Action pignoris directo أو دعوى رد الرهن. وله كذلك أن يرفع دعوى عينية «بصفته مالكاً للمال المرهون» تسمى دعوى الاستحقاق العينية. وفي الأولى يكفي الراهن أن يثبت وجود عقد الرهن، الذي يلقى على عاتق الدائن المرتهن الالتزام برد المرهون وفي الثانية يلتزم الراهن،باثبات ملكيته للمرهون[١].

- وإعمالاً للنص المذكور، فإن المرتهن يلتزم برد المرهون، وما يتصل به من ملحقات، ومصروفات، وتعويضات. وعليه أن يرد المرهون بالحالة التي كان عليها وقت التسليم[٢] فان هلك أو تلف عد المرتهن مسئولا عن ذلك ما لم يثبت أن الهلاك، أو التلف يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[٣].

(١) وتفصيلا سيملر وديلبك / ص٤٢٨/ بند٥١٩.

(٢) ويقترب بذلك من مركز المستأجر في عقد الايجار. الزقرد / الكندري / ص ٥٧ / بند ٧٢ .

(٣) البدراوي / ص ٣٦١/ بند ٢٥٦. جمال زكي / ص ٤١١ / بند ٢٦٢ .

الفصل الثاني - آثار الرهن الحيازي بالنسبة للغير

تمهيد وتقسيم:

٢٥٥ - إذا انتقلت حيازة المرهون من الراهن إلى المرتهن - على النحو الذي بسطناه - يكون للأخير الحق في حبس الشيء المرهون حتى يستوفي حقه كذا، يكون للدائن المرتهن الحق في التقدم، والحق في البيع - وعليه، فسوف نعرض بداية، للحق في حبس المرهون، قبل أن نتناول الحق في التقدم، والحق في البيع.

أولاً - حق الحبس:

٢٥٦ - يخول الرهن، الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون، دون إخلال بما للغير من حقوق ثم حفظها وفقاً للقانون.

- وإذا خرج الشيء من يد الدائن، دون إرادته، أو دون علمه كان له الحق في استرداده وفقاً لأحكام الحيازة . م١٠٤٣ مدني.

- ويبين من النص المذكور، بأني الراهن، وقد تخلى عن حيازة المرهون إلى المرتهن، فإن الأخير يتمكن من حيازة المرهون، يكون له الحق في حبسه إلى حين استيفاء الدين المضمون بالرهن، وينطبق ذات الحكم إذا انتقلت حيازة المرهون إلى الأجنبي الذي عينه المتعاقدان، حيث يباشر الحبس لمصلحة الدائن المرتهن، ويسأل أمامه فيما يراه البعض بحق عن أي إخلال بذلك[1].

- وقد اختلف الفقه بشأن ما إذا كان الحق في الحبس ميزة تتفرع عن الحق العيني التبعي الذي ينشأ للدائن المرتهن عن الرهن الحيازي، أو هو مستقل عنه؟

---

(١) بوران، وبيونيير/ دروس في القانون المدني الفرنسي / جـ ١٣ -بواسطة فوراف بند ٢١٨ - وقرب البدراوي/ ص٣٧١/ بند ٢٦٣ - «فيكون الاجنبي ملزماً بحبس المال المرهون لحساب الدائن المرتهن». جمال زكي / ص ٤١٤ / بند ٢٦٦ .

- فالبعض على أن الحق في الحبس لا ينشأ عن الحق في الرهن، ولكنه مستقل عنه[1] والقول بغير ذلك يعني عند انصار هذا الرأي أن حق الحبس مقيد بحدود ما للدائن من ميزتي الأفضلية، والتتبع بما يرتب نتيجة مؤداها أن حبس الداذن المرتهن للمرهون إلى أن يستوفي حقه لا يختلف عن حق الحبس المقرر في القواعد العامة - المادة ٣١٨ وبعدها مدني. ولا يكون للمرتهن أن يحتج بحق الحبس في مواجهة الراهن حتى يستوفي حقه المضمون إلا إذا كان الرهن قد استكمل إجراءات نفاذه في مواجهة الغير. باعتبار أن الحق في الحبس لا ينشأ عن حق الرهن الذي يترتب بمجرد ابرام العقد.

والبعض على أن الحق في الحبس يتفرع عن الحق العيني الذي ينشأ عن الرهن الحيازي للدائن المرتهن[2] ويترتب على ذلك، عكس النتائج السابقة، فالحق في الحبس بالنسبة للدائن المرتهن، يختلف عن الحق في الحبس الوارد بالقواعد العامة. كما يحوز للمرتهن أن يجنح بحق الحبس قبل الراهن، ولو كان الرهن لم يستكمل إجراءات نفاذه في مواجهة الغير. باعتبار أن حق الرهن ينشأ فيما بين المتعاقدين - بمجرد ابرام العقد.

وتتجه المذكرة الايضاحية إلى أن الحبس يعتبر سلطة من السلطات التي يخولها الرهن، وبأنه لذلك يختلف عن الحق في الحبس الذي يثبت للدائن العادي وفقاً للقواعد العامة[3].

---

(١) تناغو/ ص٣٨٦/ بند ١٤٢ - ومازو/ جـ ٣- نبد ٧٨ «من الفقه الفرنسي».

(٢) من هذا الرأي/ جمال زكي / ص ٤١٤/ بند ٢٦٦/ - منصور / ص ٢٥٩ - ضمناً نبيل سعد/ ص ٢١٦/ والمذكرة الايضاحية تعليقاً على المادة ١٠٤٣ مدني.

(١) المذكرة الايضاحية/ موضع سابق.

- وعلى أية حال، فإن الحق في الحبس، حتى عند القائلين بأنه مستقل عن حق الرهن يعمل على تقوية حق الرهن، وتدعيمة.

- فإذا كان للدائن المرتهن حبس المرهون - على النحو الذي بسطناه - فإن التساؤل يثور بعد ذلك بصدد الاشخاص الذين يحتج عليهم الدائن المرتهن بحقه في الحبس؟

- ونبادر - بداية - بأنه للدائن المرتهن، أن يحتج بحقه في حبس الشيء المرهون في مواجهة الراهن إلى أن يستوفي الدين المضمون.

وإذا تصرف الراهن في الشيء المرهون، كان للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة الغير وإذا كان المرهون منقولاً مملوكاً لغير الراهن، واكتسب المرتهن حق رهن عليه، إعمالاً للنص الوارد بالمادة ٩٣٧ /١ مدني «الحيازة في المنقول سند الحائز» كان للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة المالك[1].

- وأخذا من نص المادة ١٠٤٣ مدني، يجوز للدائن أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهة كل من يثبت له حق عليه في تاريخ لاحق لنفاذ الرهن في مواجهته. أما من ثبت له حق على المرهون، انما قبل نفاذ الرهن في مواجهته فلا يكون للمرتهن أن يحتج بحقه في الحبس في مواجهته. وتفسير ذلك أن الدائن المرتهن يحبس الشيء المرهون بالحالة التي كان عليها وقت نفاذ الرهن في مواجهة الغير. ولعل هذا ما قصدته المادة ١٠٤٣ مدني بتأكيدها على أن للدائن المرتهن حبس المرهون، بدون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون».

(١) بافتراض أن المرتهن حسن النية. وفي هذا الفرض، لا يكتسب المرتهن الرهن الحيازي بالعقد، فالعقد صادر من غير مالك، لكن اكتسبه بالحيازة وعليه فالحيازة، مصدر للرهن الحيازي / قرب البدراوي/ ص ٣٧٢/ بند ٢٦٤/ وص ٣٠٩ بند ٢٢٠ - وشكري سرور/ ص ١٩٠/بند ٢٨٧، وبعده.

– ويترتب على ذلك نتائج عدة أهمها: إذا باع الراهن العقار إلى مشتر سجل عقده، وكان قد رهنه، وسلمه إلى مرتهن قيد حقه بعد تسجيل البيع لا يكون للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس قبل المشترى[1].

وبعكس ذلك، يحوز للدائن المرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس قبل أي شخص اكتسب حقاً على المال المرهون، إنما بعد أن أصبح الرهن نافذاً في مواجهته وعليه، يحوز للمرتهن الاحتجاج بحقه في الحبس في مواجهة مشترى المال المرهون بعد نفاذ الرهن. وفي مواجهة المرتهن الثاني رهناً حيازياً إذا كان الرهن الأول سارياً ي مواجهة المرتهن الثاني. وللمرتهن حق الحبس في مواجهة الدائن العادي للمدين الراهن.

– ويظل حق الحبس قائماً، إذا خرج الشيء المرهون من يد الدائن المرتهن دون إرادته، أو دون علمه. ويخول للداذن في هذه الحالة استرداده إعمالاً لأحكام الحيازة سواء كان المرهون في يد الراهن، أو في يد غيره. ويعتبر المرهون في هذه الحالة في حكم المسروق، أو الضائع بالمعنى الوارد بالمادة ٩٣٩ مدني وبمقتضاها، تتعطل وقتياً آثار الحيازة في المنقول سند الحائز بالمادة ٩٣٧ مدني. اذا توافرت الشرائط الأخرى.

وعليه، إذا كان المرهون منقولاً، وباعه المختلس إلى مشتر حسن النية يجوز للدائن المرتهن أن يسترده من حائزه خلال ثلاث سنوات من وقت خروج الشيء من حيازته، استثناء من قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. فان كان الحائز، قد اشتراه فمن يتجر في مثله، أو السوق، أو من مزاد علني، فيكون للحائز مطالبة المرتهن، إذا ما طالب

(١) أمثلة أخرى بالمذكرة الايضاحية تعليقاً على م١٠٤٣ مدني/ ص ٧٦٨، وبعدها.

بالاسترداد أن يعجل في الثمن الذي دفعه. وإذا كان المرهون عقاراً، أمكن للدائن المرتهن استراده، إعمالاً لدعوى استرداد الحيازة[1].

ثانياً - حق الدائن المرتهن في التقدم:

- للدائن المرتهن، أخذاً من المادة ١٠٢٧ مدني، أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من الشيء المرهون. على أن المبالغ التي يضمنها الرهن الحيازي. تشمل بالإضافة إلى أصل الحق وفي نفس المرتبة ما يأتي[2].

أ- المصروفات الضرورية التي انفقت للمحافظة على الشيء[3] المرهون أو صيانته[4].

ب - التعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء المرهون،التي قد يستحقها الدايئن المرتهن.ومثال ذلك أن يكون المرهون عقاراً به عيب خفي ترتب عليه الحاق ضرر بالدائن، أو أدى إلى الزامه بدفع تعويض للغير.

جـ - مصروفات العقد الذي انشأ الدين، ومصروفات عقد الرهن

---

(١) على ماورد بالمادة ٢/١٠٤٣ مدني.

(٢) على ماورد بالمادة ١٠٤٤ مدني، وفي النص المقابل في القانون المصري «- م١١١ مدني» انظر نبيل سعد/ ص ٢١٨/ بند ١٧٨.

(٣) وسوف نرى بأن للدائن المرتهن على هذه المصروفات حق امتياز كذلك، لضمان استيفائها إذا كان المرهون منقولاً - م ١٠٧٣ مدني .

(٤) ولا يضمن الرهن سوى المصروفات الضرورية، فلا يضمن المصروفات النافعة ولا يكون للمرتهن بالنسبة لها إلا الحق في الحبس الوارد بالمادة ٣١٨ مدني وما بعدها وانظر المذكرة الايضاحية/ ص٢٨٤ - وبعدها - شأنه في ذلك شأن أي شخص ينفق على الشيء الذي يحوزه مصروفات نافعة، فلا يحصل عليها بالتقدم على غيره- / منصور/بند ١٣٣/ البدراوي / بند ٢٦٥.

الحيازي، وقيده عند الاقتضاء. ومثال الأول، مصروفات عقد القرض الذي قام الرهن ضماناً له، ومثال الثاني مصروفات اجراءات نفاذ الرهن في مواجهة الغير أو قيد رهن العقار أو تجديد القيد...

د - المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي. ومثال ذلك المصروفات التي أنفقها الدائن المرتهن في مباشرة الإجراءات اللازمة لاستيفاء حقه كاملاً.

٢٥٧- مكرراً - وجدير بالملاحظة أن الدائن المرتهن يباشر حقه في التقدم أو الأفضلية على ثمن الشيء المرهون بعد بيعه بالمزاد العلني، أوعلى القيمة المالية التي حلت محل المرهون إذا هلك، أو تلف.

- وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن في التقدم عند التزاحم مع غيره من اصحاب الحقوق التبعية على المال المرهون في تاريخ نفاذ الرهن في مواجهة الغير. وهو في العقار وقت قيد الرهن م ١٠٤٨ مدني وانتقال الحيازة بطبيعة الحال. ووقت إثبات تاريخ العقد بالنسبة للمنقول - م١٠٥٠ مدني شريطة بيان المبلغ المضمون، والعين المرهونة بياناً كافياً - وبوقت التاريخ الثابت للاعلان، أو القبول بالنسبة لرهن الديون - م ٢/١٠٥٤ مدني[1].

ثالثاً - حق الدائن المرتهن في التتبع:

٢٥٨ - اشارت المادة ١٠٢٧ مدني إلى أن للدائن المرتهن أن يستوفي حقه بالتقدم من ثمن الشيء المرهون في أي يد يكون، وهذا هو حق التتبع ومعنى ذلك أنه لا يحتج على الدائن المرتهن بتصرفات المدين

---

(١) البدراوي / ص٣٧٨/ بند ٢٦٦ - تناغو / ص ٣٩٠/ ١٤٣ - توفيق فرج/ ص ٢٤٥/ بند ٢٦٥ - بخصوص النص المقابل في التقنين المصري - م١٠٩٦.

الراهن بعد الرهن بحيث يكون للمرتهن التنفيذ على الشيء المرهون، ولو انتقلت ملكيته، أو ترتب أي حق عيني آخر عليه للغير إلى غير الراهن.

- ويثور التساؤل عن معنى مباشرة الدائن المرتهن لحق التتبع مع أن الشيء المرهون في حيازته؟ والواقع أن التتبع المقصود في الرهن الحيازي على عكس الرهن الرسمي، ليس تتبعاً مادياً للحيازة «التي هي في يد المرتهن» بل المقصود التتبع المعنوي[1] أو القانوني[2] للملكية، بحيث يجوز للدائن المرتهن بمقتضاه التنفيذ على المرهون وهو في ملك الغير.

إما إذا فقد الداذن المرتهن حيازة المرهون، التي انتقلت إلى شخص آخر حسن النية، فإنه لا يستطيع الاحتجاج بحقه في مواجهة الحائز الآخر.

وتفسير ذلك أن التتبع مرهون بالحيازة، فإن فقد المرتهن حيازة الشيء المرهون، لم يعد حقه نافذاً ي مواجهة الغير. كذا، يجوز لمن انتقلت إليه حيازة المنقول المرهون، التمسك بالنظام الوارد بالمادة ٢/٩٣٧ مدني. «الحيازة في المنقول سند الحائز» في شقها الخاص بسقوط التكاليف، والقيود العينية الواردة على المنقول فلا يجوز للمرتهن أن يتمسك في مواجهته بحقوق على المنقول لم يكن يعلم بها،

---

(١) ويسمى بالأثر المسقط، على خلاف الأثر المكسب الوارد بالمادة المذكورة انما في فقرتها الأولى.

(٢) وينطبق ذلك على كافة التكاليف، والقيود العينية الأخرى، كحق الامتياز «من الحقوق العينية التبعية» وحق الانتفاع «من الحقوق العينية الأصلية».

وقت انتقال الحيازة بشرط الا يبني جهله على خطأ جسيم.

- وإذا كان المرهون عقاراً فقد المرتهن حيازته عليه، لا يمكن أن يتمسك بعد ذلك بحقه في التتبع في مواجهة الغير، كما أسلفنا - ولذا، يصبح مجرد دائن عادي حتى، ولو كان حقه مقيداً. وذلك لارتباط التتبع بحيازة المرتهن للشيء المرهون .

-أما إذا كان الرهن نافذاً في مواجهة الغير بحيازة المرتهن للشيء المرهون أمكن للآخير مباشرة إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون. انما يجوز لمن انتقلت إليه ملكية الشيء المرهون دفع الدين، فيحل بذلك محل الدائن في رهن الحيازة. فإذا لم يدفع الدين، وجب أن يتحمل إجراءات التنفيذ، وهي تختلف بحسب ما إذا كان المرهون عقاراً، أو منقولاً[1].

وإذا كان المرهون عقاراً، فلا يجوز لمن انتقلت إليه ملكيته أن يخلي العقار أو يطهره من الرهن الحيازي كما هو الشأن في الرهن الرسمي[2] وبذا، لا يكون له إذا أراد تفادي إجراءات نزع الملكية، سوى وفاء الدين للدائن المرتهن، كما ذكرنا[3].

---

(١) على تفاصيل أخرى في قانون المرافعات. انما لا يجوز أن يمتلك المرتهن المرهون عند عدم الوفاء، أو ببيع العقار باجراءات أخرى خلاف الاجراءات التي رسمها قانون المرافعات.

(٢) قرب البدراوي/ ص ٣٧٩/ بند ٢٦٧ - توفيق فرج/ مرجع وموضع سابقين.

(٣) لأن المشرع لم ينظم تطهير العقار في الرهن الحيازي، ولم يحل إلى المواد التي نظمت تطهير الرهن الرسمي - في ذات الاسباب ، في القانون المصري، جمال زكي / ص٤٢٠/ بند ٢٧٤ الذي صاغ المسألة في صيغة الاستفهام «هل ينقضي الرهن الحيازي بالتطهير؟

الباب الثالث - حقوق الامتياز

- تعريف حقوق الامتياز: خصائصها، تقسيم:

٢٥٩ - لم يرد نص بالتقنين المدني يعرف حقوق الامتياز() وبررت المذكرة الايضاحية ذلك بما أثاره تعريف الامتياز بالقانون القديم، وموضعه بالكتاب المخصص للتأمينات العينية من إختلاف في الفقه، خاصة أن التعريف، أغفل الاشارة إلى أن الامتياز حق عيني. بينما البعض، على إن الاغفال كان مقصوداً لأن وصف الامتياز بأنه حق عيني كان ولازال محل خلاف. ويكفي الاشارة في هذا الخصوص أن بعض حقوق الامتياز وهي حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين. مع أن الحق العيني لا يتصور وجودة إلا إذا كان محله معيناً بالذات. كما أن بعض حقوق الامتياز لا تخول صاحبها سلطة التتبع، وهي أحد مظاهر عينية الحق...[١].

وأياً ما كان الأمر فإن المسلم به[٢] أن مجمل خصائص الامتياز هي ما يلي:

- أن حق الامتياز حق تبعي، شأنه في ذلك سائر التأمينات ما دام أن الغرض منه تأمين الوفاء بالدين المضمون، ولذا، فهو لا يقوم إلا إذا قام الدين وكما يتبعه في مصيره.

ب - أن حق الامتياز كالرهن بنوعيه غير قابل للتجزئة، بحيث يبقى على المال محل الامتياز، ما بقى جزء من الدين الممتاز لم يقم المدين بالوفاء به.

---

(١) بعكس نظيرة المصري، الذي عرف الامتياز بالمادة ١١٣٠ مدني بأنه أولوية يقررها القانون لحق معين ولم يذكر حق التبع.

(٢) من المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي / ص ٧٨٣.

- أن حقوق الامتياز، الخاصة[1] ترد على شيء معين بالذات وتتبعه في أي يد يكون. بعكس حقوق الامتياز العامة، التي لا تخول صاحبها حق التتبع - م١٠٦٥ مدني.

- أن حق الامتياز، يختلف عن الرهن الرسمي، من حيث مصدرة، ومحلة فمصدر الامتياز نص القانون، بينما مصدر الرهن الرسمي، هو العقد الرسمي. ومن حيث المحل، فالرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار. بينما حق الامتياز يرد على العقار، والمنقول، فلا يخرج منه سوى الاشياء التي لا يجوز بيعها على استقلال، والاشياء الخارجة عن دائرة التعامل.

- ولما كان الامتياز، مصدرة نص القانون - م١٠٦١ مدني، فالقانون هو الذي يحدد الحق الممتاز، كما يحدد محل الامتياز «المال الذي يستوفي منه صاحب الحق، حقه بالأولوية» كما أن القانون، هو الذي يحدد مرتبة الامتياز فإن لم يحدد القانون، لامتياز ما مرتبته، كان متأخراً عن كل امتياز منصوص على مرتبته. وإن كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك - م ٢/١٠٦٢ مدني. وترتيباً على قاعدة، لا الامتياز إلا بنص القانون، يتعين عدم التوسع في تأويل النصوص القانونية، ولا تطبيقها عن طريق القياس[2].

- وأخيراً، فحقوق الامتياز تنقسم من حيث الاموال التي تقع عليها إلى حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة، وإلى هذا

(١) أي باستيفاء المسائل الخلافية في الفقة.

(٢) باعتبارها خروجاً على مبدأ المساواة بين الدائنين، دون أن يعني ذلك قصر الامتياز على ذات الدين المضمون به، من دون ملحقاته الضرورية، بل يتعين التسليم بأن الامتياز بضمنها، كمصروفات المطالبة/ البدراوي / ص٣٩٣ / بند ٢٧٨ - والمراجع المشار إليها.

التقسيم نصت م ١٠٦٣ مدني على أنه، ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول، وعقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول، أو عقار معين.

تقسيم:

٢٥٩ - وضع التقنين المدني أحكاماً عامة لحقوق الامتياز: ميز فيها بين حقوق الامتياز العامة، والخاصة، وميز في الاخيرة بين حقوق الامتياز التي تقع على المنقول، والتي تقع على العقار وبيَّن أحكام كل من النوعين، كما ذكر كيف ينقضي حق الامتياز ويبدو أن الغرض من ذكر الاحكام العامة على ما يتضمنه من مسائل متفرقة هو العمل على تناسق قواعد الامتياز.

ثم تناول المشرع في الفصل الثاني الحقوق الممتازة «التي تقتضي السياسة التشريعية أن ترد في نصوص المدونة المدنية[1]، فقد بدأ بحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة علي المنقول. وقد وردت النصوص الخاصة لهذا، القسم مرتبة، وفقاً لمرتبة كل امتياز ثم جاءت أخيراً حقوق الامتياز الواقعة على عقار.

- وأخذاً من ذات الترتيب الذي اتبعه التقنين المدني، فإننا نعرض بداية الاحكام العامة في حقوق الامتياز وآثارها، وانقضاؤها قبل أن نتناول أنواع الحقوق الممتازة تفصيلاً.

الفصل الأول - الاحكام العامة في حقوق الامتياز:

٢٦٠ - ذكرنا بأن المشرع الكويتي، قد تحاشى تعريف حقوق الامتياز، إن اكتفى بقاعدة أنه لا امتياز إلا بنص القانون، وبأن القانون،

(١) لذا، نصت م ١٠٧٠ مدني على أن الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة.

يحدد مرتبة الامتياز بينما قسم حقوق الامتياز إلى قسمين: حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة، كما بين آثار حقوق الامتياز، ثم انقضاؤها.

وسوف نعرض بداية لتقسيم حقوق الامتياز - في مطلب أول - ثم آثارها، وانقضاؤها - في مطلب ثان.

المطلب الأول. تقسيم حقوق الامتياز

٢٦١ - تنقسم حقوق الامتياز من حيث أموال التي ترد عليها إلى قسمين: حقوق الامتياز العامة - وحقوق الامتياز الخاصة.

وتناول بداية حقوق الامتياز العامة ثم حقوق الامتياز الخاصة .

أولاً - حقوق الامتياز العامة:

٢٦٢ - حقوق الامتياز العامة، هي التي ترد على جميع أموال المدين من منقول، وعقار - م ١٠٦٣ مدني - والمقصود أنها لا ترد على مال، أو أموال معينة بذاتها. وإنما يكون لصاحب الحق الممتاز، استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين. ولما كانت حقوق الامتياز العامة لا ترد على مال معين بالذات فإنها بداية لا تمنح صاحبها الحق في تتبع أموال المدين، كما أنها لا تخضع للشهر، حتى وإن وردت على عقار. ولذا، نصت المادة ١٠٦٤/١ مدني على أنه لا يلزم القيد في حقوق الامتياز العامة، ولو وردت على عقار. ولعل هذا ما دفع البعض[1] بحق إلى التسليم بأن حقوق الامتياز العامة لا تعتبر حقوقاً عينية، بالمعنى الصحيح. بل هي أقرب أن تكون وصفاً في بعض الحقوق تتقدم بمقتضاه على غيرها في الوفاء.

(١) المذكرة الايضاحية تعليقاً على المادة ١٠٦٤ مدني / ص ٧٨٥.

- ومع ذلك، فثمة حقوق امتياز وهي الضامنة لمبالغ مستحقه للخزانة العامة، تستحق رعاية خاصة، لذا خصها المشرع بقواعد استثنائية. وهذه الحقوق قد تكون عامة «ترد على جميع أموال المدين، وقد تكون خاصة - ترد على مال معين بالذات فإن كان الامتياز خاصاً، ووارداً على عقار فلا يلزم فيه القيد، استثناء من أحكام القيد بالنسبة للامتياز الخاص العقاري.

وإذا كانت حقوق الامتياز العامة - فيما ذكرنا - لا يترتب عليها حق التتبع فقد استثنى المشرع من ذلك امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة. وتأكيداً لذلك، فبعد أن عرضت ١٠٦٥ مدني، للقاعدة العامة في أن حقوق الامتياز العامة لا يترتب عليها حق التتبع. تابعت، ..وذلك مع مراعاة ما يقضي به القانون في شأن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة...

- وقد جعل القانون لحقوق الامتياز العامة، مع عدم خضوعها بحسب الأصل للقيد، إذا كان محلها عقاراً، اسبقية في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر، أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده - م ١٠٦٤ مدني - كما جعل الامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة العامة الاسبقية في الترتيب على سائر حقوق الامتياز العامة.

ثانياً - حقوق الامتياز الخاصة:

٢٦٣ - حقوق الامتياز الخاصة، فيما رأينا هي التي ترد على منقول، أو عقار معين بالذات.

وحقوق الامتياز الخاصة، بنوعيها، تعتبر حقوقاً عينية بالمعنى الصحيح، لأنها تخول صاحبها حق التقدم أو الأولوية في استيفاء الدين

من ثمن المال المقرر عليه. وكذا، حق التتبع وإن كان الحق الأول، يكفل للدائن، في كل الحالات الحق في استيفاء مبلغ الدين. سواء كان الامتياز الخاص على عقار، أو منقول. فإن حق التتبع قد يتعطل بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز - م٩٣٧ مدني بما لها من أثر مسقط للتكاليف، والقيود العينية ومنها حق الامتياز. وتأكيدا لذلك نصت م ١/١٦٧ مدني على أنه لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية على اعتبار خلوه منه»

كما ورد بالفقرة الثانية من النص، تطبيقاً لذلك بأنه يعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الامتعة التي يأتي بها النزلاء إلى فندقه...

- وجماع القول إذن أن حقوق الامتياز جميعاً، عامة، أو خاصة، على منقول أو عقار تشترك في تخويل صاحبها سلطة الأولوية في استيفاء حقه، وفقاً للمرتبة التي يحددها القانون. إلا أن التتبع يظل سلطة للدائن صاحب الامتياز الخاص الواقع على عقار. فلا ينطبق بحسب الأصل على حقوق الامتياز العامة، ولا ينطبق على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول إذا انتقل المنقول بحق الامتياز إلى حائز حسن النية، يستطيع التمسك بالأثر المسقط للحيازة في المنقول سند الحائز م ٢/٩٣٧ مدني.

المطلب الثاني. آثار حقوق الامتياز، وانقضاؤها:

٢٦٤- نسارع إلى التنويه في البداية بأن المقصود بآثار الامتياز،

الاجابة عن تساؤلات عدة، تتعلق بقيد حقوق الامتياز للاحتجاج بها في مواجهة الغير، ثم السلطات التي يمنحها الحق الممتاز لصاحبه «التقدم، والتتبع» أما انقضاء حقوق الامتياز، فيثير التساؤل عن مدى تطبيق أحكام انقضاء الحقوق العينية التبعية الأخرى على حقوق الامتياز.

وسوف نعرض بداية لآثار حقوق الامتياز ثم انقضاؤها

الفرع الأول - آثار حقوق الامتياز:

٢٦٥ - قدمنا بأن حقوق الامتياز العامة لا تخضع للشهر، حتى ولو كان محلها عقاراً م٩٠٦٤ مدني [1] كذا، فإن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول لا تخضع للشهر. وفيما عدا ذلك، لا تعتبر حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار نافذة في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها عن طريق القيد. وتأكيداً لذلك نصت المادة ١٠٦٦ مدني على أنه تسري على حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق. وتسري بنوع خاص أحكام التطهير، والقيد، وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به منت تجديد، ومحو.

وحق الامتياز يخول صاحبه التقدم على سائر الدائنين العاديين من استيفاء حقه فإذا تعدد الدائنون الممتازون، أو تزاحم دائن ممتاز، وصاحب تأمين عيني آخر، حدد القانون مرتبتهم - م ١٠٦٢ مدني، وذلك أيا كان نوع الامتياز على ما سبق. ويرد حق الدائن في التقدم ليس فقط على ثمن المال محل الامتياز، وانما على كل مقابل يحل محل هذا المال. وتأكيداً لذلك نصت م١٠٦٨ مدني على أنه يسري على الامتياز ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام متعلقة بهلاك الشيء،

(١) بما في ذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة.

وتلفه، وقد رأينا بأن حق الدائن المرتهن، إذا هلك العقار المرهون، أو تلف لأي سبب كان ينقل بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك، كالتعويض، ومبلغ التأمين أو مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة. والمتأمل بنص المادة ١٠٦٨ مدني يرى بأن فائدته مقصورة على حقوق الامتياز الخاصة. فقد قدمنا بأن حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين، وكل ما يستحقه الدين مقابل هلاك أو تلف أي منها، يدخل في وعاء الامتياز العام[1].

– وأخيراً فإن حق الامتياز، يخول صاحبه حق التتبع، ويستثنى من ذلك حقوق الامتياز العامة فلا يثبت هذا الحق إذن إلا لأصحاب الحقوق الممتازة الخاصة الواقعة على عقار، أو منقول، ما لم يتعطل الأخير، بقاعدة الأثر المستقط أخذاً من النظام المنصوص عليه بالمادة ٢/٩٣٧ مدني محمولاً على نص المادة ١٠٦٧ مدني ونصها[2]: «يحدد القانون مرتبة الامتياز. فإن لم يحدد القانون لامتياز مرتبته كان متأخراً عن كل امتياز منصوص على مرتبته. وإذا كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة، فإنها تستوفي بنسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

الفرع الثاني – انقضاء حقوق الامتيازوإحاله:

٢٦٦ – نصت م ١٠٦٩ مدني على أنه ينقضي حق الامتياز.بنفس الطريقة التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي، وحق الرهن الحيازي،

---

(١) البدراوي / ص ٣٩٥/ بند ٢٨٤

(٢) وقد يترتب الأثر المستقط وحدة، وقد يترتب إلى جانب الأثر المكسب على تفصيل في شكري سرور / ص ١٨٨/ بند ٢٨٦ وبعده

ووفقاً لاحكام انقضاء هذين الحقين وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه تلك الاحكام مع طبيعة حق الامتياز، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك.

- وترتيباً على ذلك، نحيل بشأن انقضاء حقوق الامتياز لما سبق بخصوص انقضاء الرهن الرسمي، أو الحيازي ... ونكتفي بأن حق الامتياز يمكن أن ينقضي بصفة تبعية، أيا كان محله بانقضاء الدين المضمون كله.

كما يقضي حق الامتياز بصفة أصلية، إذا كان محله عقاراً، بذات الاسباب التي ينقضي بها الرهن الرسمي[١] فإن كان وارداً على منقول، انقضى بذات الطريقة التي ينقضي بها الرهن الحيازي الوارد على منقول[٢].

---

(١) أي باتمام إجراءات التطهير، وكذلك بايداع الثمن، أو دفعه للدائنين إذا بيع العقار بالمزاد العلني.

(٢) بنزول الدائن المرتهن عن الامتياز، وباتحاد الذمة، وبهلاك المحل.

الفصل الثاني - أنواع حقوق الامتياز:

نصوص قانونية، وتقسيم:

٢٦٧- نصت المادة ١٠٧٠ مدني على أن الحقوق المبينة الآتية، تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة[١].

ثم عرضت المواد ١٠٧١ إلى ١٠٧٣ مدني، لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول، ونلفت النظر بأن النصوص الخاصة بهذا القسم جاءت مرتبة وفقاً لمرتبة كل امتياز. ثم وردت بعد ذلك حقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار وسوف نعرض، بداية لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول وحقوق الامتياز العامة. على أن نتناول - في مطلب ثان - حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار:

مطلب أول - حقوق الامتياز العامة، والخاصة على المنقول:

٢٦٨ - إذا كان المشرع قد أورد حقوق الامتياز العامة، والخاصة الوارد على المنقول في فرع واحد. إلا أن ترتبت هذه الحقوق ورد على النحو الأتي أولاً - امتياز المصروفات القضائية، يليه امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ثم امتياز حفظ المنقول، واصلاحه، ثم بعد ذلك، حقوق الامتياز العامة التي ورد ترتيبها على النحو الآتي - امتياز الأجور المستحقة للاجراء، ثم امتياز المبالغ المستحقة للموردين، يليه امتياز مبالغ النفقة[٢].

(١) فضلاً عن وجود امتيازات اخرى إنما في غير الكتاب الثاني، الفصل المخصص للتأمينات العينية» من ذلك مثلاً امتياز المقاول من الباطن، والعمال على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل م٦٨٣ مدني.

(٢) ويلاحظ بهذا الصدد، أن امتياز المصروفات الزراعية، وامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق، وامتياز بائع المنقول، وامتياز مقاسم المنقول وان تعلق بها حق امتياز خاص على المنقول إلا أنها جميعاً، وعلى نفس الترتيب تأتي متأخرة على حقوق الامتياز العامة «أي امتياز الاجور المستحقة للاجراء، وامتياز المبالغ المستحقة للموردين، وامتياز مبالغ النفقة.

أولاً - امتياز المصروفات القضائية:

نص قانوني، وتعليق:

٢٦٩ - نصت م ١٠٧١ مدني على أن المصروفات القضائية التي انفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين، وبيعها وتوزيعها لها امتياز على ثمن هذه الأموال - وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر، ولو كان ممتازاً، أو مضموناً برهن وتتقدم المصروفات التي انفقت في بيع الأموال على تلك التي انفقت في إجراءات التوزيع، ويبين من النص، أن الحق الممتاز يشمل المصروفات القضائية التي تنفق في التحفظ على أموال المدين، والتنفيذ عليها[1] شريطة أن تكون قد انفقت لمصلحة جميع الدائنين وعلى ذلك يخرج من نطاق الحق الممتاز، المصروفات التي انفقت في حفظ المنقول مادياً من الهلاك، أو التلف، فهذه تدخل فيما سنرى ضمن امتياز آخر، متأخر في المرتبة عن امتياز المصروفات القضائية. وبغير ذلك لا يمكن أن يتقدم بها الدائن الذي انفقها على غيره من الدائنين. وعليه يخرج من نطاق الحق الممتاز ما انفقه أحد الدائنين من مصروفات قضائية لمصلحته، كمصروفات الدعوى التي يرفعها الدائن على مدينه بخصوص الدين. وإن انفقت هذه المصروفات لفائدة بعض الدائنين، كانت ممتازة في مواجهته فقط.

ونلفت النظر، بأن محل الامتياز، الثمن المتحصل في حفظ الاموال، وبيعها فإذا تحققت شرائط الحق الممتاز، فإن المصروفات القضائية تتقدم على جميع الحقوق الاخرى التي انفقت هذه

---

(١) كوضع الاختام على أموال المدين، وجرد التركة، وتصفيتها، ومصروفات دعوى الحراسة، وشهر الافلاس، وإجراء القسمة، واجراءات نزع الملكية.. الخ. ويلاحظ بأن نفقات شهر الافلاس لا تكون ممتازة إلا بالنسبة للدائنين العادين دون الدائنين المرتهنين، فهؤلاء حقوقهم مضمونة بالرهن.

المصروفات من أجل استيفائها في المرتبة فالمصروفات القضائية، تسبق في المرتبة ليس فقط الدائنين العاديين، بل وأصحاب التأمينات العينية الأخرى. أما إذا وقع تزاحم بخصوص المصروفات القضائية، وانفق دائن المصروفات لحفظ المال، والثاني مصروفات لبيعه، والثالث، لتوزيعه، تقدمت مصروفات الحفظ، والبيع على مصروفات التوزيع.

ثانياً - امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة :

نص قانوني، وتعليق:

٢٧٠ - نصت المادة ١٠٧٢ مدني على أن المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخري من أي نوع كان، يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين والنظم الصادرة في هذا الشأن - ويستوفي هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن عدا المصروفات القضائية.

٢٧٠ مكرراً - والنص صريح بأن الامتياز يشمل جميع المبالغ المستحقة للخزانة العامة، وآية ذلك لفظة، وحقوق أخري من أي نوع كان، ويأتي امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة في المرتبة الثانية لامتياز المصروفات القضائية، وهو يتقدم لذلك على كافة حقوق الامتياز الأخرى والرهن مهما كانت مرتبته.

- ونذكر ، بأن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة قد يكون عاماً، يرد على جميع أموال المدين من عقار، أو منقول، وقد يكون خاصاً على عقار معين بالذات أو على عقار ، ومنقولات في نفس الوقت، كالرسوم الجمركية على البضائع المستوردة مثلاً .

- كما أن امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة يتقرر ولو كان محله عقاراً. فإن وقع الامتياز على منقول، ارتهنه شخص حسن النية، امكنه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، لعدم سريان الامتياز عليه.

ثالثاً - امتياز حفظ، وترميم المنقول

٢٧١ - نصت المادة ١٠٧٣ مدني على أن المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من إصلاح، يكون لها امتياز عليه كله - ٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن المنقول بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة. أما فيما بينها، فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها.

- والمقصود بالمبالغ التي صرفت في حفظ المنقول، المصروفات الضرورية التي لولاها لهلك المنقول، كله أو بعضه، أو أصبح غير صالح للاستعمال. أما المصروفات النافعة التي يترتب عليها زيادة قيمة المنقول، فلا يشملها الامتياز[١].

- والمهم أن امتياز حفظ المنقول، وترميمه يأتي في المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة. فإن تعددت المبالغ التي صرفت على حفظ المنقول، من الهلاك أو التلف، لا يكون لها أخذاً من النص المذكور، نفس المرتبة،ي وانما يقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها، والحكمة من ذلك أنه لولا المبالغ التي انفقت أخيراً لهلك المنقول، أو تلف، أو أصبح غير صالح للاستعمال الذي أعد لأجله.

(١) وبذا، يختلف هذا الامتياز عن امتياز المقاول، والمهندس الذي يشمل المصروفات النافعة «التي تزيد من قيمة العقار وقت عمله بسبب عملهما.

رابعاً - حقوق الامتياز العامة:

٢٧٢ - ذكرنا بأن حقوق الامتياز العامة التالية لحقوق الامتياز السابقة في المرتبة - هي امتياز الاجور المستحقة للاجراء، م ١٠٧٤ مدني وامتياز المبالغ المستحقة للموردين وامتياز النفقة ولذا، نصت المادة ١٠٧٤ مدني على ما يأتي : يكون للحقوق الآتية، بقدر ما هو مستحق منها في الستة شهور الأخيرة حق امتياز على جميع أموال المدين من منقول، وعقار(أ) المبالغ المستحقة للخدم، والعمال ولك أجير آخر من أجرهم، ومرتباتهم من أي نوع كان(ب) المبالغ المستحقة عما صرف للمدين، ولمن يعوله من مأكل، وملبس ودواء(جـ) النفقة المستحقة في ذمة المدين لمن تجب نفقتهم عليه.

- وحددت الفقرة الثانية من النص المذكور مرتبة هذه الحقوق بتأكيدها على أنه تستوفي هذه المبالغ بعد المصروفات القضائية، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة، ومصروفات الحفظ والاصلاح. أما فيما بينها فتستوفي بنسبة كل منها.

المطلب الثاني حقوق الامتياز العقارية الخاصة

هناك ثلاثة حقوق امتياز خاصة ترد على العقار: امتياز بائع العقار، وامتياز المقاولين والمهندسين امتياز المتقاسم في العقار[1].

(١) ولن نعرض لها، لسبق دراستها.

أمتياز أتعاب المحامي :

٢٧٤ – نصت م ٣/٣٢ من قـانون تنظيم المحـامـاه [1] على أن لأتعاب المحامي حق امتياز من الدرجة الأولى على الأموال، والحقوق التي قام بتحصيلها لموكله، وضمانات الافراج وحق امتياز من الدرجة الثانية على أموال موكله في الحالات الأخرى» [2] والنص بذلك ينهي خلافاً قديماً [3] حيث اتجه البعض إلى أن اتعاب المحامي في مجملها مضمونة بامتياز المصروفات القضائية [4] بينما اتجه البعض إلى أنها تدخل في امتياز مصروفات الحفظ والصيانة، فيكون لهذه الاتعاب الامتياز المقرر لهذه المصروفات على ما آل للموكل في النزاع موضوع التوكيل.

والمشرع يفرق بين نوعين من الحقوق الممتازة، الأولى الأموال، والحقوق التي قام المحامي بتحصيلها لموكله نتيجة الدعوة موضوع الوكالة،» سواء كانت منقولات أو عقارات، أو مبالغ نقدية. ويكون للمحامي عليها حق امتياز من الدرجة الأولى، فتقرب لذلك من الامتياز المقرر للمصروفات القضائية، أما أموال الموكل الأخرى، فيكون [5] امتياز المحامي في اقتضاء أتعابه منها من الدرجة الثانية أي يأتي بعد المصروفات القضائية مباشرة.

---

(١) بينما نصت م ١١٧ من قانون المحاماه ١٩٦٨/٦١ في مصر على أن لاتعاب المحامي حق امتياز يلي مباشرة حق الخزانة العامة على ما آل إلى موكله نتيجة الدعوى موضوع الوكالة، وعلى ضمانات الافراج، والكفالات أيا كان دافعها.

(٢) المقصود قانون ١٩٩٦/٦٢ بتعديل بعض أحكام القانون ١٩٦٤/٤٢ في شأن تنظيم مهنة المحاماه أمام المحاكم / الجريدة الرسمية /الكويت اليوم / ع ٢٧٦ / س ٤٢ .

(٣) حدث خصوصاً في القضاء المصري القديم / جمال زكي/ ص ٤٣٩ /بند ٢٩٦ / البدراوي / ص ٤٠٦ / بند ٢٩٢ .

(٤) فتسري عليها أحكام المادة ١٠٧١ مدني.

(٥) بالمادة ١٠٧٣ مدني

قائمة المراجع

قائمة بمراجع المؤلف (*)

د. **إبراهيم الدسوقي أبو الليل** ـ التأمينات العينية ـ مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٣. مشار إليه باسم أبوالليل / ص / بند.

د. **أحمد شرف الدين** ـ التأمينات الشخصية والعينية ـ بدون ناشر، ولا سنة نشر، مشار اليه باسم شرف الدين /ص/ بند.

د. **توفيق حسن فرج** / طبعتان + التأمينات الشخصية والعينية / ١٩٨٤، مؤسسة الثقافة الجامعية / الاسكندرية/ والتأمينات الشخصية والعينية/ ١٩٨٥ مشار اليه باسم توفيق فرج /ص /بند.

د. **حسام الدين الأهواني** / التأمينات العينية في القانون المدني الكويتي/ج١/ مؤسسة دار الكتب/ ١٩٨٥.

د. **سمير عبد السيد تناغو**/ التأمينات الشخصية والعينية/ دار المعارف بالاسكندرية/١٩٧٠، مشار اليه باسم /تناغو /ص/ بند.

د. **سليمان مرقس** / التأمينات العينية /ط٢/ ٩٥٩/ مشار اليه باسم مرقس/ص/بند/.

د. **عبد الرزاق السنهوري** /الوسيط/ ج١٠/ القاهرة/١٩٧٠.

د. **عبد المنعم البدراوي** / التأمينات العينية/ المنصورة/ ١٩٨٥/ مشار اليه باسم البدراوي /ص/ بند.

د. **منصور مصطفى منصور** : عقد الكفالة / ١٩٦٠ ـ والتأمينات العينية ط١٩٦٣ مشار اليه باسم/منصور/ص/بند مع تحديد المرجع عند الضرورة.

(*) نكتفي بذكر المراجع العامة، على أن نشير للمراجع الأخرى ـ بالعربية وبالفرنسية ـ في حواشي المؤلف.

د. محمود جمال الدين زكي / التأمينات الشخصية والعينية/ ط٣/ دار الشعب/ ١٩٧٩، مشار اليه باسم جمال زكي/ ص/بند.

د. نبيل ابراهيم سعد/ التأمينات العينية والشخصية/ دار المعارف بالاسكندرية/ ١٩٨٢.

باللغة الفرنسية :

1 - Cabrillac (M.) et Mouly (C.). Droit des suretés, Litec. 1990.

مشار إليه باسم كابرياك، ومولاي/ ص / بند.

2 - Mazeaud (H.L.et J.) Surétes, Publicité fonciére V-1- Par Chabas et Ranouil - 6 ém - 1988

مشار اليه باسم مازو / وشابا / ص/ بند.

3 - Simler, (p.) Le Cautionnement - Litec. 1982.

مشار اليه باسم سيملر / ص/ بند.

4 - Simler (P.) et Delebecque (P.) Les surétes la Publicité fonciére 2 ém - 1995 - Dalloz.

مشار اليه باسم سيملر ودبلبك / ص / بند.

الفهـــرس

الفهرس

سيدي عبد الله الهادي
الكويت / بيان / قطعة ١١
الشارع الأول / جادة ١٠
منزل (٤١)
ت منزل ٥٣٨٢١٨٩